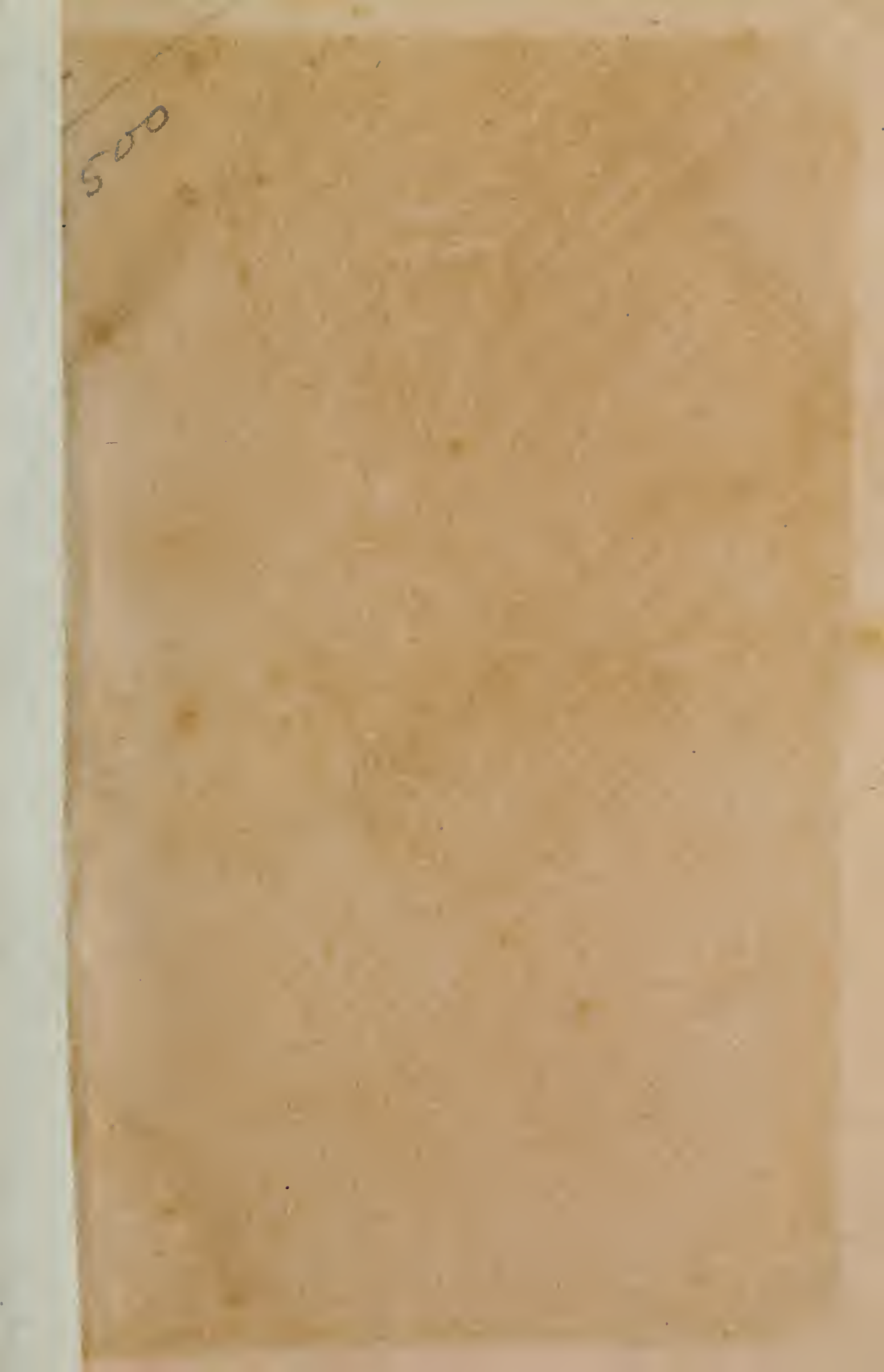



500

DERECHO CIVIL CATALAN.

INSTITUCIONES

DEL

DERECHO CIVIL CATALAN

VIGENTE

Ó SEA

EXPOSICION METÓDICA Y RAZONADA DE LAS LEYES, COSTUMBRES
Y JURISPRUDENCIA DE LOS AUTORES
Y DE LA ANTIGUA AUDIENCIA DEL PRINCIPADO;
COMPLETADA CON LAS DOCTRINAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Y PRECEDIDA DE UNA

INTRODUCCION HISTÓRICA

por

GUILLERMO M.ª DE BROCÁ y JUAN AMELL

Abogados del Iltre. Colegio de Barcelona.

BARCELONA.

IMPRENTA BARCELONESA

Calle de las Tapias, núm. 4.

1880.

PRÓLOGO.

La necesidad, por todos reconocida, de una obra de derecho en que se expongan los principios fundamentales de la legislacion civil de nuestro territorio, y especialmente los de aquellas instituciones que presentan una fisonomía más característica, nos ha movido á dar á luz el presente trabajo, fiados, no ya en su mérito científico, sino en el valor que pueda darle la consecucion, siquiera imperfecta, del fin práctico á que va destinado.

Formada nuestra legislacion por múltiples y heterogéneos elementos, debidos á encontrados criterios y á necesidades históricas completamente distintas; destruidos ó profundamente alterados los principios que daban vida y tinte especial á determinadas instituciones de este antiguo Principado; esparcidas las doctrinas de nuestros autores en multitud de volúmenes de trato enfadoso y difícil, tanto por la frecuente disparidad de sus opiniones como por el indigesto fárrago de citas que de ordinario acompañan á su exposicion; y finalmente, explicado en ciertos puntos por el Tribunal Supremo el alcance de las leyes y jurisprudencia catalanas en un sentido que, por la índole especial de los recursos sometidos á su decision, no ha podido ser siempre preciso ni ménos lo suficientemente

reiterado y uniforme para constituir sólida jurisprudencia, bien puede calificarse nuestra actual legislacion de verdadero caos en que, con dolor de todos aunque con apatía de los más, arrastramos nuestra enferma vida jurídica, con desdoro del adelanto moderno y con detrimento de nuestros más caros y respetables intereses.

No abrigamos la pretension, que seria temeraria, de presentar todos los perfiles del venerando monumento de nuestras instituciones jurídicas; tratamos sólo de dar un fiel trasunto de las especialmente caracterizadas por la ley, la costumbre y la jurisprudencia.

Para ello ha sido necesario examinar, con todo detenimiento, las doctrinas de los tratadistas más reputados, cotejando sus diferentes opiniones y esforzándonos por aquilatar sus fundamentos, tarea ciertamente penosa, pero cuya omision equivaldria á prescindir de uno de los principales elementos en que debe basarse la recta interpretacion de las leyes y costumbres de nuestro país. Hemos hecho notar, con particular esmero, las principales reformas que en el derecho peculiar de Cataluña han introducido las modernas disposiciones legislativas, así como las aclaraciones recaidas sobre las mismas é inteligencia general que se haya dado al alcance de cada una de ellas. No hemos omitido consignar los usos y costumbres de observancia constante en distintas localidades, y que constituyen otras tantas manifestaciones de su especial modo de ser. Por último, reconociendo en las doctrinas emanadas del primer Tribunal de la Nacion el valor que tienen, hemos procurado con el mayor empeño dar cabida en esta obra á todas las declaraciones de alguna importancia, y áun transcribir los fundamentos de aquellas que resuelven las cuestiones más agitadas y trascendentales de nuestro derecho.

Persuadidos de que sólo puesta la mira en estas condiciones

pueden llevarse á cabo trabajos de alguna utilidad, no hemos omitido cuantos esfuerzos han sido necesarios para dotar con ellas las presentes Instituciones, que, á falta de otras cualidades que las avaloren, tendrán siquiera la de servir de guia para el conocimiento del derecho catalan y apreciar los distintos elementos que lo forman.

Hoy es esto tanto más necesario cuanto que el proyecto de unificacion de las leyes civiles españolas coloca á los territorios que se rigen por legislaciones especiales en el deber de dar exacta cuenta de la índole particular de cada una de ellas, á fin de que preceda á su juicio un maduro conocimiento de las mismas.

Esperamos que con esta ocasion Cataluña dará patentes muestras de su valía, presentando cuantos trabajos puedan ilustrar la opinion oficial en aquel importantísimo proyecto; y que su voz será oida con respeto, nos lo asegura el hecho, grato para todos los amantes de los estudios jurídicos, de que esta haya sido confiada al ilustrado jurisconsulto, Excelentísimo Sr. D. Manuel Duran y Bas, cuyo solo nombre es para tan delicada mision una brillante garantía.

Sin la vana presuncion de haber hecho un estudio completo ni realizado lo que, contando con más tiempo, hubiéramos quizás llevado á cabo, sometemos al benévolo juicio de las personas competentes la presente obra, de cuya publicacion nos felicitaremos si ayuda á difundir el conocimiento de nuestro derecho y contribuir así al mayor acierto de la futura y trascendental reforma legislativa.

Barcelona, Setiembre de 1880.

INTRODUCCION HISTÓRICA.

La historia del Derecho Civil Catalan puede dividirse en cinco épocas.

La primera desde la conquista de Barcelona por Ludovico Pio, hasta la publicacion de los *Usatges*. (Años 801 á 1068).

La segunda desde la publicacion del código de los *Usatges* hasta el principio del reinado de D. Jaime I. (Años 1068 á 1213).

La tercera desde la conclusion de la anterior hasta la *Constitucion* hecha en las Córtes de Barcelona en 1599, reinando Felipe II (III de Castilla), que fijó el derecho por el cual debian fallarse los juicios. (1213 á 1599).

La cuarta desde la *Constitucion* de 1599 hasta la publicacion en 1716 por Felipe IV (V de Castilla) del *Decreto de Nueva Planta*.

Y la quinta desde el *Decreto de Nueva Planta* hasta nuestros dias.

En la primera época rigen las leyes godas, pero se crean nuevos usos y costumbres que al principiar la segunda dieron nacimiento al Código consuetudinario de los *Usatges*.

En la segunda se observa este código, que no derogó completamente al Fuero Juzgo; fórmanse nuevos usos, y aparecen nuevas disposiciones emanadas del monarca, que van sustituyendo á las godas.

En la tercera las Córtes legislan; el monarca lo hace tambien por *Pragmáticas*, *Privilegios* locales, etc., y se sancionan antiguas costumbres. En este periodo existe un verdadero derecho indígena, revelado por la disposicion de D. Jaime I (1251) que proscribió el derecho godo y se opuso á la introduccion de los romano y canónico. Pero estos van aclimatándose, siendo reconocida por el legislador la observancia del romano. Hácia la terminacion desaparecen algunas instituciones godas hasta entonces conservadas.

En la cuarta los derechos canónico y romano y la doctrina de los doctores, son elevados á la consideracion de derecho supletorio del peculiar, y no muy completo, civil de Cataluña.

Finalmente, en la quinta este derecho recibe profundos ataques que causarán su desaparicion en dia más ó ménos lejano.

PRIMERA ÉPOCA.

DESDE LA CONQUISTA DE BARCELONA POR LUDOVICO PIO HASTA LA PUBLICACION DE LOS USATGES.

(Años 801 á 1068.)

Al ser Cataluña dominada por los árabes, muchos de sus habitantes buscaron un asilo en las fragosidades de los Pirineos, ó en los territorios que están al otro lado, conservando la ley goda, respetada quizás por los árabes para los que no abandonaron sus hogares.

Los invasores quisieron tambien dominar la Galia Narbonense, y en 728 penetraron hasta el corazon de Francia; pero Cárlos Martel los derrotó cerca de Poitiers, obligándoles á emprender la retirada hasta Narbona. Aquel monarca franco aspiró entonces á poseer la Narbonense, habitada por hispano-godos que no estaban ligados al dominio de los reyes francos, aspiracion continuada por sus sucesores y aumentada con los deseos de extender su dominio á la comarca fronteriza de la península española. Pepino recibió la sumision de algun magnate godo y de varias poblaciones importantes de la Narbonense, y se apoderó de la capital de este territorio, conservando su ley á los habitantes (1). El historiador Marca añade (2) que despues de haber sojuzgado los territorios del Rosellon y del Conflent, ocupó parte del que se llamó *Marca hispánica*, y más tarde *Cataluña.*

Carlomagno ocupó temporalmente Gerona y algunos territorios. Ludovico Pio se apodera de Gerona, Rosas, Ampurdan, Vich, Solsona y Berga, formando con el territorio conquistado el límite, ó *Marca*, del dominio franco, á cuyo frente puso un Conde. Pero no satisfecho, conquista Lérida; y en 801 (3) se apodera de Barcelona dejando un caudillo de orígen godo, llamado Bera, con el título de Conde, y de

---

(1) El Anianense.

(2) *Marca hispanica, sive limes Hisp.*—Paris 1688.

(3) El *Epitome de la genealogia de los Condes de Barcelona*, puesta al frente de las compilaciones de la legislacion catalana, impresas en 1588 y 1704, dice que Ludovico Pio se apoderó de Barcelona en el año 805, fecha equivocada áun que se consignase en un escrito con carácter oficial. Dicho *Epitome* contiene muchas inexactitudes en lo referente á los primeros Condes de Barcelona.

guarnicion á muchos guerreros hispano-godos de la Septimania ó Narbonense y de la Marca de España.

Ludovico Pio, soberano del país conquistado, no le impuso la ley franca. Concedió á los habitantes y pobladores el disfrute de su antigua ley goda, guardada cuidadosamente por ser la de su patria. Las instituciones visigodas aparecen asi en lo administrativo, como en lo judicial y en el derecho privado.

Para el gobierno del país, Ludovico Pio nombró condes amovibles á su voluntad, entre los cuales tenia preeminencia el de Barcelona, que al mismo tiempo era *Marchio*, es decir, guardador de la Marca ó frontera; cuyo título, como dice el más moderno historiador de Cataluña (1), equivaldria al godo de *Dux* y por consiguiente denotaba superioridad en lo militar.

Que las leyes godas se observaron en los tribunales, y que con arreglo á ellas proferian los fallos en cuanto al derecho privado, lo demuestran muchísimos documentos de esta primera época, y á más de otros que se pudieran citar, los continuados en los apéndices de la obra del obispo Marca (2).

Entre los resultados que produjo el modo de realizarse la expulsion de los árabes en Cataluña, debemos mencionar la introduccion de un verdadero feudalismo y la falta de *Cartas pueblas*.

El feudalismo arraigó fácil y poderosamente en Cataluña, pues germinaría la semilla recogida durante el contacto con los francos, y las nuevas disposiciones emanadas de los monarcas, habian de ser inspiradas en las leyes y costumbres francas. La organizacion que se dió al país, debia producir esfuerzos de independencia por parte de cada uno de los condes, que de gobernadores se convertirian en señores feudales, como efectivamente sucedió, llegando á la soberanía, y en virtud de ella concediendo feudos á personas de categoría inferior. Ya el precepto dado por Ludovico Pio en 815 (3) usa la palabra *vassaticum*, y el promulgado en el año siguiente (4) dice que unos pobladores se encomendaron á los *vassos* reales, y otros á los *vassos* de los Condes; de lo cual se deduce que ántes fué el hecho que el derecho.

No existieron *Cartas pueblas*, porque la conquista en Cataluña se realizó por medio de grandes invasiones hechas en los territorios ocupados por los árabes; nó en luchas parciales y sucesivas, ni por guerreros que trabajasen por su cuenta, como sucedió en otros reinos españoles. La organizacion goda, dada al país por Ludovico Pio, fué extendida por los Condes á los territorios que conquistaron.

---

(1) D. Antonio de Bofarull y Brocá. *Historia de Cataluña*, tomo 2.°, capítulo 5.°, página 95.

(2) *Marca Hispánica;* Apéndices, 34, 143, 181, 204, 211, 240, 244 y 252.

(3) Baluzius, *Capitularia Regum Francorum*; Tom. 1.° pág. 373.

(4) Id; pág. 387.

Diéronse algunas *Cartas de poblacion*, pero se limitaron á la concesion de franquicias para los pobladores de lugares deshabitados ó cultivadores de terrenos yermos. Véase el tomo de la *Coleccion de documentos inéditos del Archivo general de la Corona de Aragon* (1), que se titula *De las Municipalidades*, y no se hallará un solo documento parecido á las cartas de los reinos de Castilla y Leon, que son verdaderos contratos celebrados entre el señor de algun territorio y los que debian ocuparlo, levantando poblados y roturando los yermos; contratos que marcan las etapas de la reconquista (2).

La introduccion de la costumbre franca no se limitó á la parte social. Atribúyense á Ludovico Pio varios privilegios concedidos á la Iglesia de los Mártires, hoy de los Santos Justo y Pastor de Barcelona. Entre ellos se menciona el juramento para combate, que debia prestarse en el altar de S. Félix. En las leyes de los visigodos no existe un solo dato para afirmar que conocieran los *juicios de Dios*: el duelo, el combate judicial es una bárbara costumbre franca, que al principio pugnaría con la legislacion y quizá con las costumbres, pero que halagando los sentimientos guerreros y caballerescos de la época, debia aclimatarse, como efectivamente sucedió, segun comprueban los Usatges.

A la conclusion de esta época, Cataluña, por lo ménos de hecho, es independiente; las leyes godas continúan observándose, pero la extension del principio feudal y de otras instituciones francas crean nuevos usos, nuevas costumbres, que en la época próxima se traducirán en leyes. Al lado de los primeros pobladores existen los que se han sometido á un vasallage: la servidumbre territorial germana que se aunó con la *servitus glebæ* ó colonato de los últimos tiempos romanos (3), facilitaría el desarrollo de la servidumbre territorial de carácter feudal que más tarde aparece, llamándose los siervos *pagenses de redimentia* ó *pagesos de remença*. Finalmente, los diversos señores que existen en el país promueven trastornos, causa de la promulgacion de importantes disposiciones sobre los juicios y sobre el modo de decidir las contiendas por medio de las armas, que, con otras, forman el código cuya aparicion anuncia el principio de una nueva época.

---

(1) Publicada por D. Próspero de Bofarull.

(2) Tampoco es carta puebla la tan conocida *carta de poblacion* de la villa de Cardona, publicada por el P. Villanueva.

(3) Fuero Juzgo, Ley 19. Tit. 7. Lib. V. Ley. 19. Tít. 4. Lib. V. Ley. 7.ª Tit. 4 Lib. VI Leyes 2 y 5. Tit. 2. Lib. IX. y algunas del Tit. 6, Lib. V.

SEGUNDA ÉPOCA.

DESDE LA PUBLICACION DE LOS USATGES HASTA EL REINADO DE D. JAIME I.

(Años 1068 á 1213.)

Esta época se distingue, en lo político, por el nacimiento de las instituciones que dieron fisonomía especial á Cataluña; en lo social, por el apogeo del feudalismo, marcándose claramente las distintas clases de hombres sujetos á vasallage; en lo jurídico, en fin, por la aparicion de un código, primero entre los de Occidente de carácter consuetudinario, que demuestra la existencia de un derecho propio que luego se desarrolla, ya de un modo general, ya con carácter local.

LOS USATGES.

No todas las disposiciones de la legislacion goda eran aplicables al nuevo órden de cosas creado en Cataluña, y los tribunales, en la imposibilidad de hacer cumplir el precepto legal, debian fallar segun la razon les dictase, interpretando los nuevos usos, indígenas unos, de orígen franco otros.

Ramon Berenguer I, que por su circunspeccion mereció de la posteridad el dictado de *el Viejo*, comprendió la necesidad de precisar dichos usos y de poner término á las arbitrariedades que se cometerian bajo el pretexto de interpretar la ley goda. Convocó las eminencias del clero, de las armas y del derecho (1), y formó el libro de los *Usatges*.

En varios de ellos expone los fines que se propuso realizar. Son los siguientes:

1.° *Suavizar la ley goda.*—El *Usatge Judicia Curiæ* (2) dice que los

(1) En el principio de los *Usatges* se espresan los nombres de los que contribuyeron á formarlos. Se ha supuesto que su convocacion y reunion fué con el carácter de Córtes; pero no es cierto, como han demostrado varios historiadores.

(2) 2.° del Tit. 14, (*De celebrar Corts*) Lib. 1.° vol. 1.° de la *Compilacion* de 1704.

juicios de los tribunales y los *Usatges* deben observarse de buena voluntad, pues *son dados por la severidad de la ley*. Los comentaristas (1) están conformes en que se refiere á la ley goda.

El *Usatge Rusticus interfectus* (2) dice que la enmienda de los delitos que enumera, se hará *per legem secundum solidos denarium*, es decir, que se darán sueldos de moneda de cobre, no de oro como disponia una ley del Tit. 4.° lib. VI del Fuero Juzgo.

2.° *Evitar que los ofendidos se hiciesen la justicia por su mano*. Lo demuestran los *Usatges Si quis aliquod malum, Si quis homines, Si quis contra alium, Si quis dixerit*, (3) *y De Bajulis* (4). Sentimos que la índole de esta reseña histórica no permita su exámen.

3.° *Fijar los respectivos derechos de los señores y de los vasallos*. — Dedúcese del contenido de muchos *Usatges*, pudiendo afirmarse que basta abrir un libro que los contenga para convencerse de ello.

Además, en los ejemplares de los *Usatges* que se conservan, hay un proemio, calificado de *Usatge* en las compilaciones legales (5), escrito indudablemente con posterioridad á la formacion del código, pero que merece particular atencion, pues seria redactado con perfecto conocimiento histórico. Traducido al castellano dice: *Antes de la publicacion de los Usatges, los jueces acostumbraban dar sus fallos de modo que todos los delitos fuesen enmendados en cualquier tiempo, si no podian excusarse por sacramento ó por batalla ó por agua fria ó caliente, diciendo.....* No sin razon los comentaristas (6) deducen de estas palabras la intencion de cortar la arbitrariedad, y quizás impunidad existente.

El prólogo, que principia con las palabras *Cum dominus Raymundus*, considerado tambien *Usatge* (7), apesar de ser manifiestamente la adicion de algun historiador jurista, atribuye el motivo de la formacion de los *Usatges* á la imposibilidad de ser observadas en todos los casos las leyes godas.

No en todos los ejemplares existe el mismo número de *Usatges*. En las compilaciones de la legislacion de Cataluña, impresas en 1588 y 1704, se incluyen 174, considerando como tales el proemio y prólogo aludidos, y algunos párrafos que son parte de un *Usatge* (8). Naceria

(1) Monjuich, Jaime, y Guillermo Vallseca (edicion de Amorós); Marquilles.
(2) Tit. 10 del vol 15. (*De injurias*) Lib. IX. vol. 1.°
(3) 1.° 2.° 3.° y 4.° del Tit. 14 (*De orde judiciari*) Lib. III. vol. 1.°
(4) 13.° del Tit. 30 (*De feus y postats y emparas reals*) Lib. IV. vol. 1.°
(5) 1.° del Tit. 6.° (*De proemis*), Lib. X, Vol. 3.°
(6) Monjuich, los Vallsecas, Calicio (edicion de Amorós) y Marquilles, en la glosa correspondiente.
(7) 2.° del Tit. 6.° (*De proemis*), Lib. X, Vol. 3.°
(8) No conocemos ningun códice primitivo. El conservado en el Archivo municipal de Barcelona, que contiene las disposiciones particulares de Cataluña formadas hasta el fallecimiento de Pedro III, presenta reunidos los *Usatges* en nú-

esta diversidad de que no todos los *Usatges* fueron escritos en tiempo de D. Ramon Berenguer el *Viejo*.

Basta la lectura de los *Si quis judeo*, *Solidus autem*, los *Quoniam ex conquœstione* y *Cum temporibus*, para convencerse de que son posteriores. El *Item provida* debió ser adicionado.

Marquilles en la nota 2.ª al *Usatge Quoniam ex conquœstione*, 2.ª (1), atribuye su redaccion y la de todos los siguientes hasta el *Si quis in alieno* (2), al rey D. Jaime I. Corroboran esta asercion el contenido de dichos *Usatges* y la *Constitucion* 2.ª del Tit. 1.°, Lib. V, vol. 1.°, hecha por D. Jaime I en las Córtes de Valencia de 1219, en cuyo preámbulo el monarca, dirigiéndose al *Veguer* y á los *prohombres* de Barcelona, dice: *Queremos y os mandamos que para perpétua memoria escribais dicha Constitucion en el libro de vuestras costumbres ó Usatges.*

Entre los atribuidos por Marquilles á D. Jaime I, se cuenta el célebre *Omnes causœ*, fundamental en la prescripcion. Reproduce literalmente una ley del Fuero Juzgo, que junto con otras aquel monarca haria incluir en el libro de los *Usatges*, cuando en su aspiracion de que Cataluña se rigiese por un derecho propio, y reputando muertas las leyes godas, prohibió que fuesen alegadas ante los tribunales (3).

Finalmente, el *Usatge Cunctis pateat* (4) es un precepto dado por Ramon Berenguer III para la pacificacion de la Cerdaña y del Conflent; y el *Aquesta es la treva* (5) es un convenio de la tregua de Dios en el Rosellon, Conflent y Vallespir firmada por los prelados y magnates. Por consiguiente ni uno ni otro tienen de *Usatge* mas que el nombre.

Ignórase en qué lengua se escribieron los *Usatges*. Segun la opinion de Diago, lo fueron á la vez en latin y catalan; pero la *Constitucion* de Fernando I, dada en las Córtes de Barcelona del año 1413 (6) prueba lo contrario, pues dispone que se traduzcan á la lengua vulgar catalana los *Usatges* de Barcelona, *promulgados hasta ahora en latin*. Sin embargo,

---

mero de 150, á más del proemio *Ante quam*, del prólogo *Cum dominus* y de la introduccion *Hœc sunt usualia*.

De los custodiados en el Archivo de la Corona de Aragon, uno los contiene mezclados con las *Constituciones*, etc ; otro muy alterado por supresiones é interpolaciones de costumbres mallorquinas; y otro solo en índice, hasta el número de 164.

En las ediciones glosadas de Amorós (años 1534 y 1544) hay 144, sin contar el proemio, prólogo é introduccion.

En los *Comentarios* de Marquilles, existe la rúbrica de 173, y entre ellas las del proemio, etc.

(1) Indicado con el n.° de órden 144.

(2) N.° 169.

(3) Véase la época tercera.

(4) 6.° del Tit. II (*De pau y treva*) Lib. X, Vol. 1.°

(5) 7.° del mismo Tit.

(6) 1.ª del proemio de la Compilacion legal catalana (*Constitutions y altres drets*).

pudo existir anteriormente alguna version sin autoridad legal, para la más fácil inteligencia de las personas imperitas. De este carácter seria el ejemplar escrito en catalan que se menciona en el inventario de la librería del rey D. Martin, antecesor de dicho D. Fernando I, y por cuya mencion se ha supuesto la existencia de un libro oficial de los *Usatges*, escrito en catalan primitivo.

Los *Usatges* fueron el primer código consuetudinario que apareció en Europa durante la Edad media. No se busque, pues, encadenamiento científico ni delicadeza de redaccion; pero deben aplaudirse los motivos que impulsaron á Ramon Berenguer; la severidad necesaria, cuando no habia más ley que el antojo, ni más razon que la fuerza; la regularizacion del feudalismo, procurando armonizar los derechos de los señores con los intereses de los vasallos y sentando el gran principio de que solo á la *Potestad*, es decir, al Príncipe corresponde administrar justicia, amparando y socorriendo al oprimido (1); la consignacion de la libertad, llamada de locomocion por los modernos publicistas, y la sancion de la de tráfico (2).

Los *Usatges* recibieron inmediata aplicacion, generalizándose en Cataluña hasta el punto de ser admitidos en el Condado de Urgel (3), propenso á la independencia y poco ligado al de Barcelona. Se observaron tambien en Mallorca, Rosellon, Cerdaña y Vallespir.

Fueron ilustrados por varios jurisconsultos. En el siglo XIV, Jaime de Monjuich (*Jacobus de Montejudaico*) no se limitó á escribir simples glosas de las palabras, sino que hizo verdaderos comentarios (4). Jaime de Vallseca (*Jacobus de Vallesica*) escribió unos reducidos comentarios. Son importantes los de Guillermo del mismo apellido, jurisconsulto distinguido que representó á Cataluña en el Compromiso de Caspe (5). A principios del siglo XV, Jaime Callís (*Jacobus Callicius*) notable por la influencia que ejerció en el movimiento jurídico de su época, examinó escrupulosamente todos los *Usatges* y los comentó con un acertado criterio jurídico.

Los trabajos de estos cuatro jurisconsultos, Monjuich, los Vallsecas y Callis ó Calicio, fueron impresos en Barcelona (6), en los años 1534

---

(1) Usatges, *Ex Magnatibus, Quid Justitiam* y *Alium namque;* 5.°, 6.°, y 7.°, del Tit. 1.° (*De dret del fisch* y *de las suas regalias*) Lib. X, Vol. 1.°

(2) Usatges *Camini et stratæ* y *Omnes quippe naves*, (1.° y 2.°, del Tit. 22 (*De commercis* y *seguretat de camins*) Lib. IV, Vol. 1.°

(3) Véase Marca, Apéndice núm. 350.

(4) Véanse las *Memorias para ayudar á formar un diccionario de los escritores catalanes*, del Sr. Torres Amat.

(5) Véanse las mismas *Memorias*.

(6) Existen pocos ejemplares de esta obra importantísima. Consta de 161 fóleos, y comprende 144 Usatges, ó 147 contando el proemio, prólogo é introduccion. El último es el *Duo testes*, fragmento del *Accusatores*. Once *Usatges* no están comentados, y el *Quoniam ex conquæstione* lleva una nota con el epígrafe de extraordinaria.

y 1544, por Carlos Amorós, poniendo á continuacion de cada *Usatge* el comentario correspondiente de cada jurisconsulto, por el órden que los hemos enumerado.

Á mediados del siglo XV el presbítero Jaime Marquilles publicó el más importante comentario con el título *Comentaria Jacob de Marquilles super Usaticis Barchinone* (1), obra que demuestra la grande influencia que ya alcanzaban los derechos canónico y romano. Marquilles conocia perfectamente el Fuero Juzgo, por lo cual opina con discrecion sobre el orígen de algunos *Usatges*, y la aplicacion que debia dárseles por el cambio de los tiempos y de la legislacion en general.

Ménos importantes fueron los trabajos de Albert, Montraba, Seba, los Calvet, Ballester, y los más recientes hechos por los distinguidos jurisconsultos Peguera y Óliba.

Los *Usatges* se incluyeron en las Compilaciones legales de Cataluña, y con las otras disposiciones en ellas comprendidas fueron traducidos al castellano por D. Pedro Nolasco Vives y Cebriá.

Otros trabajos legislativos de esta segunda época.

Debemos citar la *Carta* de Tortosa, concedida en 1149 por Ramon Berenguer IV, que no debe confundirse con las llamadas *Costumes de Tortosa*, formadas en el siguiente período. En aquella ciudad se observaron tambien los *Usatges*.

La *Coleccion de Costumbres de Perpiñan* fué sancionada por Pedro II en 1196, y confirmada por el mismo monarca en 1207, y en la época tercera por D. Jaime II.

D. Pedro II aprobó tambien las *Costumbres de Montpeller*, reducidas á escritura.

CÓRTES.

No puede calificarse de Córtes la Junta celebrada en Barcelona para la formacion de los *Usatges*, ni las hubo durante la época segunda. Es verdad que en las compilaciones existen la *Constitucion Dels Divinals* (2) dictada por Alfonso I el Casto en la *Cort de Fondaldara* (1173), otras

---

(1) Esta obra, dedicada á los *Concellers* de Barcelona, fué impresa en 1505 en caracteres gótico-alemanes, con abreviaturas de no fácil inteligencia para quien no esté versado en esta clase de publicaciones; y lo que es más grave, con muchos errores de impresion.

(2) Tit. 11 (*De pau y treva*) Lib. X, Vol. 1.º

Contituciones del título de *Paz y tregua*, formadas en varias *Córtes*, y la 1.ª del título *Del dret emphitéutich* (1) y 1.ª del título *De heretges* etc. (2), hechas por Pedro I en *La Cort de Lleyda* (1210); pero las reuniones donde se redactaron no fueron Córtes, en la acepcion moderna de esta palabra, pues á ellas no asistió elemento popular, siendo únicamente las juntas de magnates que el monarca convocaba para asesorarse en el gobierno del Estado.

Jurisconsultos de la época segunda.

Pocas noticias existen sobre jurisconsultos de esta época. Perdiéronse las obras de Homobono y de Berenguer, obispo de Barcelona. Se ha supuesto (3) que Ramon Caldas *(Calidis)*, Dean de la Catedral de Barcelona, fué autor del *Libro de los Feudos* (4) conservado en el Archivo general de la Corona de Aragon; pero su exámen y la simple lectura del prólogo demuestran que Caldas se limitó á reunir en un volúmen cuanto sobre feudos andaba suelto.

Estado del derecho civil á la conclusion de esta época.

Pocas disposiciones se promulgaron referentes al derecho privado. Contenidas algunas en el código de los *Usatges*, eran suplidas por el derecho godo, al lado del cual, y supeditándolo lenta pero constantemente, nacen costumbres, ya generales, ya particulares que son el único derecho vigente de algunas localidades. En la época próxima este nacimiento expontáneo produjo sus naturales frutos, que uniéndose á la trasformacion política, y á los estudios jurídicos hechos con una direc cion contraria al derecho catalan, dieron un nuevo aspecto á la legislacion.

---

(1) 31 del Lib. IV, Vol. 1.°
(2) 10 del Lib. I, Vol. 1.°
(3) Torres Amat, *Memorias para la formacion de un diccionario de escritores catalanes* (pág. 130)—Oliver, *Estudios sobre el derecho civil en Cataluña.*
(4) Escrito en tiempo de Alfonso I.

TERCERA ÉPOCA.

DESDE D. JAIME I EL CONQUISTADOR (1213) HASTA LA PUBLICACION DE LA CONSTITUCION DE 1599, QUE FIJÓ EL DERECHO POR EL CUAL DEBIAN FALLARSE LOS JUICIOS.

CÓRTES.

El primer hecho que el historiador jurídico ha de consignar es la celebracion de verdaderas Córtes, pues si bien no consta que las de Lérida de 1214 fuesen otra cosa que la reunion de las dos *Corts* Catalana y Aragonesa, ó sea de la Córte de Magnates que el Monarca llamaba á su lado, no sucede lo mismo en las de Tarragona de 1218, y especialmente en las de Tortosa de 1225, de Barcelona de 1228, de Monzon de 1232, y en las demás ya particulares de Cataluña, ya generales de este Principado y del Reino de Aragon, con posterioridad reunidas. A todas ellas asiste el *brazo popular,* y en union del monarca tienen verdadero poder legislativo. El hecho se convierte en derecho cuando en las Córtes de Barcelona, celebradas por Pedro *el Grande* en 1283, se promulga la Constitucion *Una vegada al any* (1), que estableció la convocacion anual obligatoria de las Córtes. No detallaremos la composicion, reunion y acuerdos de las Córtes, porque no forma parte del objeto de este trabajo, y porque concienzudos escritores se ocuparon de ello en lo antiguo, y otros en nuestros dias lo han hecho con gran detenimiento. Sólo diremos que el Rey convocaba las Córtes, las cuales estaban formadas de los Brazos Eclesiástico, del Militar y del Popular, llamado Real; que deliberaban y tomaban acuerdos separadamente. Los acuerdos legislativos, aprobados por los tres Brazos, se insertaban en el *Cuaderno General de la Legislatura.*

Estas leyes, formadas por las Córtes, se llamaban *Constituciones* cuando las habia propuesto el Rey; *Capítulos* las hechas por iniciativa de los tres Brazos, ó por la de uno con asentimiento de los demás, que recibian la aprobacion del Monarca, quien la daba con la fórmula *Plau al Señor Rey;* y *Actos de Córtes,* los Privilegios, Pragmáticas y otros derechos concedidos fuera de las Córtes, pero que despues, á solicitud de uno de los *Brazos*, y con asentimiento de los demás, el Monarca ele-

---

(1) 1.ª del Tit. 14 (*De celebrar Corts*) Lib. I, Vol. 1.º

vaba á la consideracion de *Actos de las Córtes* para que valiesen tanto como las *Constituciones y Capítulos* (1).

Introduccion del derecho romano.

Hasta la publicacion del Fuero Juzgo se conservó el derecho romano en el Reino Visigodo, como legislacion para los descendientes de los vencidos, ó hispano romanos. De carácter ostensiblemente gótico, aquella importante obra legislativa contiene fragmentos que, cuando ménos en su espíritu, son de origen romano. Y téngase en cuenta que ya no se conocia únicamente el derecho ante justinianeo, como sucedia al publicarse el código de Alarico. Los ejércitos que Justiniano envió á nuestra peninsula introdujeron las inmortales obras de aquel emperador, y examinando las disposiciones aludidas del Fuero Juzgo se adquiere el convencimiento de que sus autores conocian la Legislacion de Justiniano, como en sus obras lo demuestra tambien el venerable San Isidoro.

Los documentos más antiguos del período de la reconquista revelan la exclusiva observncia del derecho godo y del particular que se iba formando en los nuevos Estados, al par que el olvido más completo de la legislacion romana.

En el siglo XI el derecho romano, conservado modestamente en la escuela italiaan de Rávena, fué sacado á la pública luz en Bolonia por el célebre Irnerio, fundador de la escuela de los Glosadores, cuya influencia en Europa fué inmediata y poderosa, creándose universidades en las cuales se explicaba el derecho romano como la razon escrita. España participó de este movimento, hasta el punto de que en Castilla Alfonso el Sabio publicó el *Espéculo*, basado en la legislacion romana, y formó las Partidas, código que, siendo un hermoso trasunto de las leyes romanas, admite la interpretacion que los glosadores les dieron, y de acuerdo casi siempre con su doctrina presenta decididos muchos puntos oscuros y dudosos de la legislacion justinianea.

Las relaciones de Cataluña con Italia eran harto frecuentes para que tardara en conocer los trabajos de los glosadores, que en ella, como en todos los paises, hubieron de producir grande entusiasmo. Los jurisconsultos cultivaron su estudio, porque entónces no merecia aquel dictado quien no conociese las doctrinas romanas, tenidas como la expresion del sentido comun y la obra más consumada de justicia y conveniencia (2). El precepto dado por D. Jaime I en 1251 de-

(1) Modernamente se ha usado y se usa la palabra *Constituciones* para designar todas las disposiciones legales catalanas.

(2) Los *Costumbres de Lérida*, reducidas á escritura en 1228, declaran vigentes las leyes romanas en lo no prevenido en las *Costumbres*, *Privilegios*, *Usatges* de Barcelona y leyes godas.

muestra el empeño de los juristas en llevar á los tribunales la aplicacion de las leyes romanas, que prohibe sean alegadas y recibidas en los tribunales (1). Sin embargo, la corriente de la época pudo más que el legislador, y el mismo precepto de D. Jaime favoreció la aplicacion de las doctrinas romanas, pues mandando que en falta de *Usatges* y *costumbres aprobadas en el lugar* donde el pleito vertiese se fallase segun los dictados de la razon natural, debió buscarse la expresion de ella en el derecho romano, apellidado entónces la *razon escrita.*

Poco tiempo trascurrió sin que el legislador prestara su sancion á este movimiento jurídico, que ya se infiltraba en las costumbres. El privilegio concedido por Pedro II á la Ciudad de Barcelona en 1283, conocido con el nombre de ***Recognoverunt Proceres***, contiene datos suficientes para afirmar la observancia del derecho romano en dicha Ciudad, pues el cap. 8.º habla de la renuncia de la *nueva constitucion* sobre los fiadores, que es la Novela 4.ª de Justiniano: el 11 se ocupa de la renuncia del beneficio del *Senado Consulto Veleyano*: el 44 dice que toda accion que, segun *derecho comun* debe extinguirse á los diez ó veinte años, se extienda hasta los treinta, con lo cual el legislador sanciona la calificacion de *derecho comun*, dada al romano por los jurisconsultos. Finalmente, muchas de las servidumbres reguladas en dicho privilegio y en las posteriores *Ordinacions d' en Sancta Cilia*, guardan conformidad con las establecidas en las antiguas leyes romanas.

Alfonso III (IV de Aragon) en las Córtes de Montblanch, celebradas en 1333, deroga la ley goda *en los lugares que hasta ahora se habia observado* para el cómputo de la legítima, mandando que se observe la ley romana (2). Pedro III, (IV de Aragon) en el privilegio concedido á la ciudad de Barcelona en 1339 (3), declara válidos los testamentos, aunque pretiera alguna de las personas que *segun el derecho comun* deben

---

(1) Dice así: «*Encara statuim ab consell dels sobredits qué leys romanas, góticas, drets é decretals en causas seculars no sien rebudás, admesas, judicadas ne allegadas, ne algú legista gos en cort secular advocar, sino en causa propia; axi que en la dita causa no sien allegadas leys ó drets sobredits, mes sien fetas en tota causa secular allegations, segons los Usatges de Barcelona é segons las approvadas costumas de aquell loc ahont la causa será agitada, é en defalliment de aquells sie proccit, segons seny natural, los jutges encara en las causas seculars no admetan legistas advocats, axi com dessus es dit*» —Tit. 8.º (*De Usatges, Constitucions etc.*) Lib. I, Vol. 3.º

«Con el consejo de los dichos, establecemos que las leyes romanas y godas, los derechos y decretales no se admitan ni se aleguen en causas seculares, ni con arreglo á ellas se juzgue, ni legista alguno se atreva en tribunal secular á abogar sino en causa propia; así que en dicha causa no se aleguen las leyes ó los derechos referidos, y que en toda causa secular se hagan las alegaciones segun los *Usatges* de Barcelona y segun las probadas costumbres del lugar donde vierta la causa; y en su defecto, sea provisto, segun la razon natural.

(2) Constitucion 1.ª Tit. 1. (*De legitima* etc.) Lib. 6.º Vol. 3.º (...... *sie observada de aqui avant la ley romana.*)

(3) Único del Tit. 1. (*De Testaments*), Lib. VI, Vol. 2.º

ser instituidas ó desheredadas; con lo cual presupone la observancia del derecho comun, ó sea del romano.—El mismo monarca, con las Córtes reunidas en Perpiñan en 1351, forma la Constitucion (1) derogando las leyes romanas en cuanto exigian que el nombramiento de tutor se hiciera por el padre en testamento ó en codicilo confirmado por testamento (2). En 1363 aprobó el *Capítulo* de las Córtes de Monzon (3) mandando observar respecto al rey y otros personages las leyes romanas que prohiben hacer cesiones á persona más poderosa; y la *Constitucion* 1.ª de las mismas Córtes (4) dispuso que entre los parientes llamados á la herencia de los impúberes, se guardase el órden de derecho romano, y que no fuese írrito el testamento que mencione á los hijos, aunque no sea por título de institucion, exigida por la legislacion romana.

Vemos, pues, que el derecho romano se observa, y que los legisladores al dictar disposiciones que les sean contrarias, presuponen su observancia ¿Y cuál era la suerte del mandato de D. Jaime I.? La del olvido más completo: su inobservancia era tan manifiesta que á nadie se ocurrió pedir su derogacion, y al formarse en 1588 la segunda compilacion legal, fué relegado al tercer volúmen que contenia las disposiciones supérfluas.

Grande fué la influencia ejercida por el Tribunal superior de Cataluña (*Senatus Cathaloniæ*) para llegar á este resultado. El jurisconsulto y magistrado Óliba dijo (5) *Sane cum dispositio Usaticorum et aliorum jurium patriæ, non sufficit, at Principis arbitrium et curiæ recurritur. Hoc autem arbitrium et judicium erit secundum leges romanas, tamquam æquas et justas.*

Introduccion del derecho canónico.

Las disposiciones canónicas fueron adoptadas en Europa como legislacion civil, por considerárselas expresion de la más pura doctrina. Refiriéndose escasamente á materias puramente civiles, y presuponiendo la aplicacion de las romanas, al par que estas fueron estudíadas en las Universidades creadas desde el siglo XI. Las Partidas son un ejemplo elocuente de la estrecha alianza que se formó entre ambos derechos, por

---

(1) 1.ª del Tit. 6. (*De Tutors* etc.) Lib. V. Vol. 1.º

(2) *Part açó fora gitada la solemnitat per dret romá introduida* (Quitada la solemnidad establecida por el derecho romano.)

(3) *Constitucion* 1.ª del Tit. 9 (*Que no sie licit cessionar etc.*), Lib. II, Vol. 1.º

(4) 2.ª del Tít. 2.º (*De pupilars y altres sustitucions*, etc) Lib. VI, Vol. 1.º

(5) *De actionibus*, Part. 1.ª Lib. III. Cap. 2. N.º 21. Esta obra se publicó en 1606 despues de la muerte del autor. Las palabras trascritas se refieren al tiempo anterior á la Constitucion de 1599.

lo cual se comprende facilmente la comun proscripcion hecha por Don Jaime I. (1). Las mismas causas á que fué debida la inobservancia del precepto de este monarca en cuanto al derecho romano, la produjeron respecto al canónico.

Suerte de las leyes godas.

Las leyes godas, no destruidas por los *Usatges*, paulatinamente fueron sustituidas por las disposiciones del monarca y de las Córtes, y por los derechos romano y canónico. D. Jaime I, tan hábil guerrero como profundo político, aspiró á dar carácter propio á las instituciones jurídicas de Cataluña; por esto en la pragmática de 1251 no solo prohibió la alegacion de leyes romanas y canónicas, sino que desterró de los tribunales á las godas. Para poderlo decretar, adicionó el libro de los *Usatges* con varias disposiciones consideradas tambien *Usatges*, y que son de orígen godo, descollando entre ellas el célebre Usatges *Omnes causæ* sobre la prescripcion. Mas esto no era suficiente, y algunas disposiciones godas se continuaron observando en el concepto de costumbres: de ello existe una prueba en la *Constitucion* hecha por Alfonso III en las Cortes de Montblanch, en 1333, que sustituyó la legítima romana á la gótica que *hasta aquí se ha observado en algunos lugares*.

Miéres (2) dice que la ley goda se conservó en otros cinco casos, que eran la comprobacion de letras, los comisos, la prescripcion, el testamento sacramental y la sucesion. Pero las costumbres, más que disposiciones, por las que se regulaban estos casos, fueron convertidas en preceptos particulares, pudiendo citarse el de la prescripcion comprendido en el citado usatge *Omnes causæ*, ya desde el tiempo del mismo D. Jaime I, y el del testamento sacramental que, como privilegio local, fué continuado en el *Recognoverunt Proceres*.

Habiendo perdido el Fuero Juzgo todo carácter legal, pudo decir Marquilles (que imprimió su obra en 1505) «que en falta de *Usatges*, »en virtud de costumbre debia recurrirse á las leyes romanas, nó á »las godas que habian sido abrogadas; que si por D. Jaime I fueron «desterradas unas y otras, las primeras se observaban por el uso y «la costumbre,» y concluye con las palabras *nullo causu leges goticas servari debent hodie*.

En algunas comarcas se conservó, y se conservan aún, costumbres de orígen godo. Tal es la asociacion á compras y mejoras, ó gananciales pactados, en la comarca de Tarragona.

---

(1) Véase en la pág. 13 la Pragmática de 1251.

(2) *Apparatus super Constit....; Colat.* 5.ª Cap. 28, N.° 8.

Coleccion de Costumbres.

El Canónigo de Barcelona, Pedro Albert, recopiló las costumbres feudales de Cataluña. Su trabajo es conocido con el nombre de *Conmemoraciones* de Pedro Albert, con el cual se le designa en la *Constitucion* 3.ª (1) del Tit. 4.º (*De obras públicas y drets de castells*) Lib. VIII. Vol. 1.º que los aprobó. Fué incluida en las compilaciones (2) con el epígrafe de *Costumas Generals de Cathalunya entre los Senyors é Vassalls, Tenens Castells é altres Feus per Senyors, Compiladas per Pere Albert, Cànonge de Barselona.* Ignórase el año en que Albert lo escribió; pero se sabe que vivia en 1249 (3).

La obra de Albert puede considerarse el espejo de la sociedad de su época, y la fuente más pura para el conocimiento del derecho feudal catalan. Á la historia de las instituciones civiles interesan el capítulo **22**, que trata de la prestacion de homenage por la mujer en los casos de ser el feudo dotal ó parafernal, y el capítulo **24**, que presupone la existencia de los *heredamientos.*

Pedro Albert recopiló tambien las disposiciones sobre los nueve *Casos en los cuales, segun los Usatges de Barcelona y la observancia de Cataluña, el señor no está obligado á volver la potestad que ha tomado del castillo ni la empara del feudo á su carlan ó vasallo.* En las compilaciones legales se puso este trabajo á continuacion del anteriormente mencionado.

Atribúyese tambien á esta época la redaccion de los 14 Capítulos de costumbres feudales, puestos en las compilaciones oficiales ántes que las del canónigo barcelonés, con el epígrafe de *Costumas de Catalunya.*

En el año 1228 Guillermo Botet formó la recopilacion de las costumbres de Lérida, (*Consuetudines Ilerdenses*) (4). Contiene 170 capítulos de escasa aplicacion actual, y declara vigentes las leyes romanas, si bien en último lugar, y postergadas á las godas.

Probablemente en el año 1279 fué redactada la notable coleccion de costumbres de Tortosa, titulada *Libre de les costumes de Tortosa.* Consta de nueve libros subdivididos en títulos, y éstos en rúbricas y costumbres, siguiendo el órden del Código de Justiniano. Contiene muchos elementos romanos y godos (5).

---

(1) Juan II en las Córtes de Monzon: año 1470; cap. 21.

(2) En el Tit. 30. (De feus y postats y emparas reals.) Lib. IV, Vol. 1.º de la última compilacion

(3) Véanse las *Memorias para la formacion de un diccionario de escritores catalanes*, de D. Félix Torres Amat.

(4) Publicada por el P. Villanueva en las págs. 160 á 195 del Tomo 16 del *Viaje literario.*

(5) Sobre el libro de las *Costumbres de Tortosa*, el Sr. D. Bienvenido Oliver ha publicado recientemente un extenso trabajo, que ha merecido justos elogios.

A la conclusion de esta época, el jurisconsulto Tomás Mières escribió el Libro de las costumbres de la ciudad de Gerona y de su diócesis, con el título de *Usanticœ et Consuetudines Civitatis et Diocesis Gerundœ* (1).

Otros libros de costumbres, ménos importantes, se escribieron en esta época.

Dos trabajos legales merecen particular estudio: el *Recognoverunt Proceres* y las *Ordinacions d' en Sancta Cilia.* Ambos contienen muchas disposiciones sobre derecho civil.

Recognoverunt Proceres.

Este privilegio fué continuado en el concepto de costumbre en el índice de la compilacion legal, y forma el tit. 13 del lib. I vol. 2.°, con el epígrafe *De las Consuetuts de Barselona vulgarment ditas lo Recognoverunt Proceres.* Pero á continuacion se dice: *Pere segon en lo privilegi consedit á la siutat de Barselona. Dat en Barselona á 3 dels Idus de Jener de* 1283. El preámbulo del privilegio nos esplica suficientemente su orígen y sancion. Dice D. Pedro II, que estando en la ciudad de Barcelona para celebrar Córtes generales, los *prohombres y la universidad* le suplicaron humildemente que les concediese y aprobase los privilegios otorgados por sus antecesores y las costumbres que de tiempos antíguos se observaban en dicha Ciudad, las cuales le entregaron escritas en los términos que los prohombres, ancianos y jurisconsultos de la Ciudad *reconocieron* haberse observado y observarse: que al mismo tiempo le suplicaron que para el bienestar de la Ciudad les concediese algunos capítulos y peticiones que *al fin se continúan como nos los presentaron por escrito* (2). Añade el Monarca que considerando propio de la Real benevolencia procurar la utilidad de sus vasallos y colmarles de favores, queriendo seguir el ejemplo de sus antecesores, de su *grado y ciencia cierta,* por él y por sus sucesores concede, aprueba y tambien confirma en favor de todos los *ciudadanos y habitantes de Barcelona, presentes y futuros* perpétuamente, todos los privilegios concedidos ú otorgados por él ó por sus antecesores á la ciudad y universidad de Barcelona, y todas las expresadas costumbres en el modo que se le presentaron por escrito, y *cuyo tenor es el siguiente.* . . . .
. . . .

Vienen luego los 116 *Capítulos de privilegio,* principiando el primero con las siguientes palabras que han dado nombre al privilegio: *Recog-*

---

(1) En la Biblioteca provincial de Barcelona existe un ejemplar de esta coleccion, que no ha sido impresa.

(2) Hasta el Cap. 73 de este privilegio se sancionan antiguas costumbres. Con el 73 principian las nuevas concesiones, diciendo: *Alia vero capitula et peticiones concedimus, ut inferius declarantur, primum scilicet capitulum...* Los restantes principian con la frase *Item concedimus.*

noverunt próceres Barchinonæ et antiqui et sapientes in jure, antiquam esse consuetudinem, quod.....— Los siguientes hasta el 73 con la palabra *Item.* —El 73 con las de *Alia vero capitula et peticiones concedimus, ut inferius declarantur.*— Los restantes con la frase *Item concedimus.*

Los autores de derecho catalan están conformes en el carácter limitado de este privilegio, como exclusivo de los ciudadanos de Barcelona, pues el referido proemio quita cualquiera duda que pudiera ofrecerse. La primera condicion para disfrutar de sus beneficios es la de ser *ciudadano y habitante* de Barcelona, hecho que deberá probar quien pretenda cualquiera de los derechos consignados en el privilegio.

No se concedió al territorio, sino á las personas. No habla de Barcelona, ni ménos de su demarcacion y contorno, sino clara y esplicitamente de *ciudadanos* y *habitantes* de Barcelona. Fuera un error confundir los términos de la concesion del *Recognoverunt* con una Sentencia Arbitral proferida algunos años ántes por el rey D. Jaime I junto con el obispo de Valencia, contenida en el lib. IV tit. 12 vol. 2.° que habla de los huertos y viñedos de Barcelona, pues seria equiparar los privilegios que tienden á las cosas con los que miran á las personas.

Este privilegio se extendió á otras poblaciones, pero sin tomar carácter general, como ha declarado el Tribunal Supremo (1).

Ripoll (2) dice que gozan de él la ciudad de Gerona, las villas de Granollers del Vallés, de Igualada, de Cardedeu, de Moyá, los distritos de las Franquezas del Vallés, y del Maresme, Vilamajor, las Parroquias de Afou, de Santa Susana y de Gallechs, y las Bailías de Parets y de Mollet.

Óliba (3) citando á Mières, negó que Gerona tuviese algun privilegio concediéndole el *Recognoverunt Proceres.* Fontanella (4) dice que D. Pedro II, pocos dias despues de haberlo sancionado, expidió un privilegio concediendo á los ciudadanos de Gerona los *Usatges, Costumbres* y *Usos* de Barcelona, y que así fué declarado en una sentencia de 1605. En 4 de enero de 1825 se publicó un Real decreto confirmando el privilegio concedido por D. Pedro II á la ciudad de Gerona, sobre la exencion del pago de laudemios en las enagenaciones á título gratuito (5).

En cuanto á la villa de Granollers, existe la *Constitucion* 3.ª (6) del tít. 19 lib. I vol. 1.°, la cual dice: «Establecemos y ordenamos que sea »habido por Acto de Corte el otorgado por el Rey D. Alfonso IV á la »Municipalidad de Granollers, dado en Valencia á 24 de febrero »de 1418, en el cual se equipara dicha villa á la ciudad de Barcelona

---

(1) Sent. de 11 de Diciembre de 1866.
(2) *Var. resol.* Cap. 7, núms. 219 y 327.
(3) *De actio, part.* 1.ª *lib.* III § *rei persequende, n.°* 18.
(4) *De pactis nup.* cláusula IV. glosa 12 n.° 138.
(5) Así lo afirma Vives.
(6) Cárlos en las cuartas Córtes de Monzon, año 1542, cap. 49.

»y quiere que disfrute de todos los privilegios, inmunidades y liberta»des, otorgados y que se otorgarán á dicha Ciudad.» (1)

Vives cita un privilegio concedido á la villa de Igualada por D. Pedro III (IV de Aragon) en 30 de agosto de 1381 y otro de D. Juan de 20 de diciembre de 1392, que afirma haber visto, y que están concebidos en términos análogos al de la villa de Granollers. El mismo escritor dice: «En cuanto á los distritos de las Franquezas del Vallés y del »Maresme y Vilamajor, he visto tambien el privilegio», y que á la *Universidad* ó municipio de Villanueva y á los castillos de Cubelles y la Geltrú se les concedió por D. Alfonso IV en 10 de Setiembre de 1417, que fuesen miembro y calle de la ciudad de Barcelona y gozasen de todos y cada uno de los privilegios, franquicias, libertades, inmunidades, gracias, favores, prerogativas y buenos usos de dicha ciudad, así en general como en especial en la forma que lo gozaban los ciudadanos de Barcelona, como si hubiesen sido concedidos especialmente á dichas *Universidades*, sin perjuicio de los derechos que S. M. y sus antecesores habian acostumbrado recibir en dicha villa y referidos castillos.

Es importante el privilegio de Fernando II *el Católico*, dado en Monzon á 21 de Julio de 1510 (2), concediendo á Villafranca del Panadés y á su *Veguerío* (3) el *Recognoverunt* y cada uno de sus capítulos. En él manifiesta D. Fernando que lo otorga *por el deseo de que todos sus pueblos se gobiernen por las leyes de aquel privilegio* (4).

Ordinacion d' en Sancta Cilia.

Forman parte del tit. 2.° (*De servituts*) lib. IV. del vol. 2.° con el epígrafe de «*Consuetuts de la ciutat de Barcelona sobre las servituts de las casas é honors vulgarment ditas den Sancta Cilia.*»

Principian del modo siguiente. «Estas son las ordinaciones que el Se»ñor Rey D. Jaime, de buena memoria, hizo en la ciudad de Barcelona, »con consejo de los hombres principales de ella, y de todos los sábios »que habia en su Corte para el bien de la Ciudad, y paz y concordia de »todos los que en ella están, y por todos tiempos habitarán, Y esto hi-

(1) A pesar de que el Sr. Vives y Cebriá (Nota 4.ª al *Recognoverunt*) considera que por esta *Constitucion* la villa de Granollers goza de dicho privilegio, se ocurren dudas pues su índole es personal, y la *Constitucion* transcrita sólo habla de la municipalidad ó villa (*universitat*), y no de los vecinos.

(2) Antigua demarcacion judicial.

(3) Archivo general de la Corona de Aragon, Registro de Fernando II, núm. 3558 moderno, fol. 182.

(4) El privilegio de D. Fernando II fué confirmado por D. Felipe II (III de Castilla) en 1599.

»cieron cuando se dispuso que los *Morabetines* de los censos que se pa-»gasen por las tierras fuesen regulados á razon de nueve sueldos bar-»celoneses cada uno.»

D. Antonio de Capmany (1) dice que estas Ordenaciones debieron ser aprobadas por D. Jaime II de su nombre (2), porque á la muerte de don Jaime I los *morabetines* todavia valian 10 sueldos y 6 dineros, y fué en el reinado de aquel cuando se redujeron á 9 sueldos, y por consiguiente cuando fueron aprobadas las Ordinaciones.

Ignoramos porqué se llaman *d' en Sancta Cilia*; si fué Sancta Cilia quien propuso su compilacion y aprobacion por el Monarca, ó su redactor material. Constan de dos partes: la primera, sin epígrafe especial, trata principalmente de las servidumbres urbanas, y contiene 70 ordinaciones con el desórden más completo. La segunda tiene el epígrafe *Las Ordinasions de Arbres que donen é donar pujan, dan en terra de altre.* Contiene tres ordinaciones sobre los *árboles silvestres y frutales.*

Estas *ordinaciones* fueron dadas exclusivamente para Barcelona, pero se estendieron á casi todo el Principado, observándose como á leyes municipales de Cataluña. Asi lo afirman Cancer (3) y Cortiada (4).

Al examinar su contenido, haremos algunas consideraciones sobre la inteligencia é importancia de estas *ordinaciones.*

En el año 1817 D. Francisco Altés y Gaurena, individuo de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona, las anotó y vertió al castellano, cuyo trabajo (5) por reputarse equivocadamente como oficial de la citada Academia, fué aceptado integramente por el Sr. Vives y Cebriá (6). Posteriormente se publicó una traduccion adicionada con el *Prontuario jurídico sobre el arte de edificar* escrito en el siglo pasado por el Dr. Poncio Cabañach (7).

Ordinaciones formadas por las municipalidades.

Las *d' en Sancta Cilia* fueron aprobadas por el monarca; pero en el volúmen segundo de la compilacion legal hay cuatro (8) *ordinaciones,* formadas y publicadas exclusivamente por los *concelleres* y *prohombres* de Barcelona.

---

(1) *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de Barcelona; tomo 2.º fol. 124 del apéndice.*

(2) Reinó desde 1291 á 1327.

(3) Var. resol. part. 3.ª cap. 4.º n.º 1.º

(4) Decis. 260, n.º 4.

(5) Editado por Piferrer.

(6) En la traduccion anotada de los *Usatges* y otros derechos de Cataluña.

(7) Lérida, librería de Sol, 1866.

(8) No lo es la de la Reina Maria (Tit. 1, Lib. IV, Vol. 2.º) por que recibió la sancion régia.

Podian hacerlo en virtud del *privilegio* concedido por D. Jaime II en 1319, que forma el tit. 12 (*De estatuts y ordinacions*) del lib. 1.°, vol. 2.°, dado en virtud de las informaciones presentadas al monarca por los *concelleres* y *prohombres*, en demostracion del derecho que les asistia para formar ordenanzas civiles y criminales, imponiendo penas corporales de mutilacion de miembros y de muerte; ordenamientos que debian observarse en la ciudad de Barcelona y sus arrabales, en los lugares comprendidos desde Mongat hasta Castelldefels, y desde Moncada, Collserola, Vallvidrera y la villa de Molins de Rey del Llobregat hasta doce leguas dentro del mar.

En Villafranca del Panadés existe un libro de *Privilegis*, que principia con una cédula firmada por D. Felipe II (III de Castilla), confirmando varios de los privilegios concedidos por sus antecesores, y contenidos en otro libro llamado *verde* (*Llibre vert*) (1). Entre ellos hay uno de Alfonso II, confirmado en Zaragoza por Pedro III, concediendo á la *universidad* de Villafranca la facultad de hacer toda clase de ordenanzas (*que la Universitat de Vilafrancha pot fer totas ordinacions ab decret del Batlle de dita vila* (2).

Otras poblaciones tenian igual derecho.

Compilaciones hechas en esta época.

Primera compilacion.

En virtud de lo mandado en la *Constitucion* hecha por Fernando I en las Córtes de Barcelona del año 1413 (3), Jaime Calicio, Bononato de Pedro y Narciso de San Dionisio, tradujeron del latin al catalan los *Usatges, Constituciones* y *Capítulos de Córtes*, dividiendo su trabajo en libros y títulos, siguiendo un órden análogo al del Código Justinianeo, y poniendo delante un sumario.

Esta traduccion y compilacion permaneció inédita hasta el reinado de D. Fernando II el *Católico* (V de Castilla). Publicose con la adicion de las *Constituciones* y demás disposiciones promulgadas durante los reinados de D. Alfonso IV y de D. Juan II, y en el de D. Fernando II que se formaron en las Córtes de Barcelona de 1481 y 1493, y de las

---

(1) Este voluminoso libro contiene multitud de documentos sobre férias, mercados, *costumbres*, *privilegios*, ceremonial, hechos históricos, nombramientos de *Síndicos* y sus instrucciones para las Córtes, á que asistieron etc., etc. Como otros de varias poblaciones, demuestra la estima en que las municipalidades tenían cuanto podia servir para la conservacion de sus franquicias y libertades.

(2) Estos datos han sido facilitados por el ilustrado abogado de Villafranca señor D. Luis Alvarez.

(3) 1.ª del *proemio* de las tres compilaciones.

Costumbres generales de Cataluña y las compiladas por Pedro Albert, de que hemos hablado en la página 16.

A continuacion se insertó un segundo volúmen, conteniendo los *Privilegios*, *Pragmáticas*, *Concordias*, *Provisiones*, *Declaraciones*, *Sentencias arbitrales* y disposiciones de carácter general unas y particular otras, insertándolas en latin ó en catalan, tal como habian sido dadas. Este segundo volúmen fué dividido en cuatro capítulos, insertándose en el primero lo referente al estamento eclesiástico; en el segundo lo del estamento militar ó noble; en el tercero lo perteneciente á la ciudad de Barcelona, y en el cuarto lo de carácter general, con el epígrafe de *Pragmáticas* y *altras cosas generals.*

Segunda compilacion.

En virtud de acuerdos de las Córtes de Monzon de 1555, de Barcelona de 1564, y de Monzon en 1585, en 1588, reinando D. Felipe I (II de Castilla) se publicó la segunda compilacion, exigida por las muchas disposiciones promulgadas desde la anterior. Consta de tres volúmenes.

El *volúmen* 1.° se titula *Constitucions y altres drets de Catalunya*, y contiene todos los *Usatges*, las *Constituciones* y *Capítulos de Córte* entónces vigentes, y las *Costumbres generales* insertas en la primera compilacion. Se dividió en 10 libros, subdivididos en títulos, y precedidos de un proemio en el cual se insertaron las *Constituciones* relativas á la formacion de esta y de la anterior compilacion, y de un *Epítome genealógico* de los Condes de Barcelona, con expresion de las *Constituciones* y *Capítulos de córte*, formados en cada reinado, y del libro y título donde se insertaron.

El *volúmen* 2.°, que lleva el epígrafe de *Pragmáticas* y *altres drets de Catalunya*, contiene *pragmáticas, privilegios, actos de Córte, bulas apostólicas, sentencias reales, sentencias arbitrales, concordias, costumbres y ordinaciones* (1). Está dividido en igual número de libros que el primero, pero sin contener cada uno de ellos el mismo de títulos, y termina con un índice cronólogico.

El *volúmen* 3.° consta tambien de 10 libros, subdivididos en títulos. Lleva el epígrafe de *Constituciones y altres drets de Catalunya supêrfluos, contraris y corregits.* Con razon se ha criticado que los autores de esta compilacion considerasen supérfluas algunas disposiciones no derogadas ni desusadas, é insertasen en los dos primeros volúmenes otras notoriamente supérfluas.

---

(1) Las *Pragmáticas* y *Privilegios* eran concedidos por el monarca, expontaneamente ó en virtud de alguna peticion. No podian derogar los preceptos generales.

Las *Sentencias arbitrales* eran proferidas por el monarca ó por otras personas de elevada categoría, en el concepto de árbitros nombrados para decidir cuestiones de gran trascendencia. En la compilacion hay 5.

Las *Concordias* son convenios de transaccion entre los poderes civil y éclesiástico sobre jurisdiccion ú otras materias poco importantes para el derecho civil actual.

Trabajos legislativos referentes al derecho mercantil.

Por la relacion que este derecho guarda con el civil, recordarémos la formacion del notabilísimo código consuetudinario, llamado del *Consulado del mar* y las disposiciones dadas en los siglos XIII y XIV sobre los corredores, quiebras, comercio y viajes marítimos, letras de cambio y varios actos mercantiles.

Principales disposiciones referentes al derecho civil, publicadas en esta época.

D. Jaime I en 1219 privó de la sucesion de los bienes paternos y maternos á la hija que contrajese matrimonio sin expreso consentimiento del padre, de la madre ó de los tutores ó más próximos parientes (1). El mismo monarca en la *pragmática* de 1241 (2), al procurar que por razon de la dote y del esponsalicio de las mujeres no se defraudase á los acreedores, estableció el notable privilegio de la Opcion dotal. En las Córtes de Tarragona de 1260, formó una *Constitucion* (3), aclarando otra que estableció la troncalidad en la sucesion de los bienes paternos de los impúberes.

D. Pedro III en las Córtes de Monzon de 1363 estableció la troncalidad completa para los paternos y maternos (4), lo cual fué confirmado en las Córtes de Monzon celebradas por Felipe I (II de Castilla) en 1585 (5), quitando al padre la facultad de alterarla, que le concedia la primitiva Constitucion.

En las de Perpiñan, celebradas en 1351, reguló los derechos de la viuda, precisando el llamado de *tenuta*.

Durante este período tambien se publicaron varias disposiciones sobre el modo de interpretar los Usatges, constituciónes, pragmáticas y otras disposiciones.

D. Jaime II y el arzobispo de Valencia dieron la importante sentencia arbitral sobre el pago de los laudemios en Barcelona, que demuestra la inverosímil exageracion que tomó el enfitéusis. Difícilmente podrá hallarse en otro país una aberracion semejante.

---

(1) *Constitucion* 2.ª del Tít. 1.° Lib. V, Vol. 1.° Reproducida en la *Pragmática* primera del Tít. 3.° Lib. IX, Vol. 2.°

(2) 1.ª del Tít. 2.° Lib. V, Vol. 2.°

(3) 1.ª del Tít. 2.° Lib. VI, Vol. 1.°

(4) *Constitucion* 2.ª del mismo Tít.

(5) *Constitucion* 3.ª del mismo Tít.

Jurisconsultos de esta tercera época.

Siglo xiii.—Hemos hablado del canónigo Albert, autor de la compilacion de costumbres feudales que lleva su nombre; y de Botet, redactor del libro de las *Costumbres de Lérida.*

Barrau, obispo de Tortosa, Ramon de Basullo y Domingo de Terol, redactaron el *Libre de les costumes de Tortosa.*

En este siglo florecieron jurisconsultos catalanes tan eminentes como San Raimundo de Peñafort, autor del código de las *Decretales* de Gregorio IX, y Vidal de Canyelles, que fué obispo de Huesca y compiló los fueros de Aragon y Valencia.

Siglo xiv. — De los más importantes jurisconsultos de este siglo hemos hablado al tratar de los Usatges.

Siglo xv. — En igual concepto, y al hablar de la primera compilacion, nos hemos ocupado de Callis ó Callicius, ilustre individuo del brazo militar de las Córtes, y que escribió varios tratados sobre derecho público.

El distinguido consejero de Alfonso V, Tomás Miéres, que compiló las *Costumbres de Gerona*, escribió varias obras, de las cuales se conserva impresa el Comentario histórico de las constituciones formadas en las Córtes, comparándolas con los Usatges, etc. Se titula *Apparatus super Conts, Curiæ, Gener, Cathal.* (1).

Al presbítero Marquilles, vice-canciller del rey D. Martin, lo hemos citado como el más distinguido comentarista de los Usatges.

Juan Socarrats escribió una importante obra para conocer el derecho feudal. Titúlase *In feudorum consuetudines Cathaloniæ Principatus Cathaloniæ*, etc., (2).

Siglo xvi. — Luis de Peguera fué tan distinguido criminalista, que el laureado profesor de la Universidad de Gante, Alberico Allard, en la *Historia de la justicia criminal en el siglo* xiv (3) despues de hablar en un párrafo de los criminalistas españoles, dedica exclusivamente otro á dar á conocer las obras de aquel jurisconsulto, colmando de elogios el libro *Quæstiones criminales* que con respeto cita en el decurso de la obra. Escribio sobre la jurisprudencia práctica del Senado ó Audiencia de Cataluña (4) y sobre laudemios y feudos (5).

---

(1) Impreso en Barcelona, 1621; 2 vol.

(2) Impreso en Barcelona, 1551.

(3) § 254, pág. 462.

(4) Decisiones auræ in acta practico frecuentes.—Barcelona, 1605.

(5) Aurea et elegan. Repet. in Cap. III, incip. *Item ne super laudemio*, Dom. Reg. Petri III. in curiæ Cervariæ.—Barcelona 1577.

Francisco Solsona publicó dos obras sobre el enfitéusis, con los títulos de *Lucerna laudemiorum emphiteos jura conplectens* (1) y de *Stylus capibrevandi* (2).

Jerónimo Galí publicó dos obras de notaría. Se conserva la *Opera artis Notariæ, theoricam*, etc., (3).

En esta época floreció y escribió sus obras el profundo jurisconsulto D. Antonio Óliba, profesor de leyes en la Universidad de Lérida y Magistrado de la Audiencia de Cataluña. Despues de su muerte, en 1604, se publicó por el Dr. Jorge Montaner la primera parte de la obra que dejó inédita, titulada *Commentarium de actionibus*. Este libro debe ser consultado para conocer la verdadera índole y el orígen de las instituciones catalanas. Distinguese por su método, precision, claridad y criterio jurídico.

Jaime Cancer es uno de los jurisconsultos clásicos de Cataluña más conocidos. Publicó una obra que comprende todo el derecho privado, con el título de *Variarum resolutionum juris cesarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniæ* (4), dividida en tres partes. Su estudio es indispensable para conocer la interpretacion que los jurisconsultos catalanes y la antigua Audiencia admitian como jurisprudencia del Principado.

Al terminar esta reseña debe hacerse mencion del Dr. Antonio Ros, Magistrado de la Audiencia de Cataluña, romanista consumado y autor de la obra *Memorabilium Juris libri III Antonii Rossi* (5), citada con profundo respeto por el ilustrado Finestres de Monsalvo (6).

El movimiento jurídico de esta época se revela en la creacion de Universidades donde se enseñaba el derecho. D. Jaime II en 1300 fundó la de Lérida; D. Pedro IV la de Perpiñan en 1349; y D. Alfonso V la de Barcelona en 1450. La iniciativa no partió unicamente de los monarcas y de sus consejeros: en 1310 los *Concelleres y prohombres* de Barcelona *deseando que sus hijos estudiasen las leyes*, suplicaron á D. Jaime II que les permitiese llamar á dos doctores que leyesen los libros legales (*duos doctores qui legant libros legales in civitate predicta............. supplicámus quatenus doctores pro lectura premisa facienda venientes, hic et existentes ac scolares eos audientes... ac eisdem concedere quod de se rectorem vel rectores possint eligere quibus parere habeant.....*) (7).

---

(1) Lion, 1556.—Barcelona 1576.

(2) Barcelona, 1594.

(3) Barcelona, 1582—1684.

(4) Barcelona, 1594.—Venecia, 1760.—Barcelona, 1760. En las citas de esta obra nos referimos á la edicion últimamente mencionada.

(5) Barcelona, 1564.

(6) Véase el prólogo de la obra *In Hermogeniani juris epitomarum commentarius*.

(7) *Archivo general de la Corona de Aragon.*—Legajo 15 antiguo de *Cartas reales*.

CUARTA ÉPOCA.

DESDE LA PUBLICACION DE LA LEY HECHA EN LAS CÓRTES DE BARCELONA DE 1599, REINANDO FELIPE II (III EN CASTILLA), HASTA LA DEL DECRETO DE NUEVA PLANTA DADO POR FELIPE IV (V DE CASTILLA) EN 1716.

Los acuerdos de las Córtes son la única fuente legal, pues con posterioridad á Fernando II *el Católico*, Cárlos I expidió únicamente seis *pragmáticas*, agenas al derecho civil, y los demás sucesores no expidieron ninguna ni concedieron *privilegios*.

El derecho civil se caracteriza por la preponderancia del romano, más estudiado en las obras de jurisconsultos extranjeros que en el Cuerpo de derecho justinianeo.

Constitucion de 1599, fijando el derecho que debia observarse en Cataluña.

Al par que en las anteriores ocasiones, las Córtes y el monarca no impusieron á Cataluña ningun código, ninguna ley dictada por el interés de escuela. Se limitaron á sancionar el hecho existente para evitar dudas y arbitrariedades.

Felipe II (III de Castilla) con su sancion elevó á *Constitucion* (1) el siguiente acuerdo de las Córtes de Barcelona, celebradas en 1599. *Item placia á Vostra Magestat ab dita loatió y aprobatió statuir y ordenar que los doctors del Real Consell hagen de decidir y votar las causes ques portarán en la Real Audiencia, conforme y segons la despositió dels Usatges, Constitutions y Capitols de Cort y altres drets del present Principat y Comtat de Roselló y*

---

(1) Única del Tit. 30. (*Del dret que se ha de seguir en la declaració de les causes*), Lib. I, Vol. 1.

Cerdanya; y en los casos que dits Usatges, Constitutions y altres drets faltarán, hagen de decidir les dites causes segons la disposició del dret canónich; y aquell faltant, del civil y doctrines de Doctors; y que no los puguen descedir y declarar per equitat, sino que sia regulada y conforme á las regles del dret comú, y que porten los Doctors sobre materia de equitat (1).

Esta *Constitucion* dejó en pié todo el derecho particular de Cataluña. Entre los supletorios, dió preferencia absoluta al canónico; y como advierte un escritor contemporáneo (2), no es fácil comprender la razon fundamental que tendrían las Córtes para postergar el romano.

Al mencionar el derecho civil, se refiere al contenido en el *Corpus Juris Civilis*, admitido entonces por todos los jurisconsultos. En Cataluña fueron recibidas, y aún hoy se observan, algunas de las *Auténticas Fridericianas* insertas en el *Código* por los glosadores.

En cuanto al último elemento del derecho supletorio, no se refiere á los doctores de Cataluña, porque no eran los tratados con veneracion por los jurisconsultos de la época, sino á los de la escuela de los glosadores y demás intérpretes notables de los derechos romano y canónico. Ábranse los volúmenes de los tratadistas catalanes de esta época y de la siguiente, y se adquirirá la plena conviccion de que las Córtes sancionaron las doctrinas de jurisconsultos extranjeros. Cancer, Cortiada, Francisco Ferrer y hasta Fontanella, el de doctrina jurídica más abundante, hacen enojosa la lectura de sus obras por el fárrago de nombres de jurisconsultos más ó ménos importantes, ante cuyo parecer renuncian humildemente á exponer la doctrina propia. Mezcla tan extraña é indigesta llevó la confusion al derecho, que se perdió en un mar de sutilezas y de casuísticas distinciones que exigen del lector una paciencia á toda prueba, y un espíritu jurídico muy vivo para no olvidar los principios generales, única norma para salir bien librado en la empresa de navegar por aquel torbellino de contrarias opiniones.

Sin embargo, á los jurisconsultos catalanes que entonces florecieron debemos la conservacion de las reglas jurídicas de las instituciones de carácter consuetudinario, tales como los heredamientos, reconocidos, pero no desarrollados, en el cuerpo del derecho catalan.

---

(1) *Plazca á Vuestra Magestad, con la aprobacion de las presentes Córtes, establecer y ordenar que los Doctores del Real Consejo hayan de decidir y votar los pleitos que vertieren en la Real Audiencia, segun las disposiciones de los* Usatges, Constituciones, Capítulos de Córte y otros derechos *de este Principado y Condados de Rosellon y Cerdaña, y en los casos en que dichos Usatges, Constituciones y otros derechos faltaren, deban decidir dichos juicios segun* las disposiciones del derecho Canónico, *y en su defecto segun las* del derecho civil, y las doctrinas de los Doctores, *sin que puedan decidir ni declarar por equidad, como no sea conforme á las reglas del derecho comun y las que consignan los Doctores sobre materia de equidad.*

(2) D. Bienvenido Oliver.—*Estudios históricos sobre el derecho civil en Cataluña*, Cap. 6.°

Compilacion legal hecha en esta época.

En las Córtes de Barcelona habidas por Felipe IV (V de Castilla) en 1702, ántes de principiar la guerra llamada de *Sucesion*, considerando la necesidad de reimprimir los tres volúmenes de las Constituciones y otros derechos del Principado, y la convienencia de dar á luz las Constituciones formadas en las Córtes entonces reunidas, se acordó (2) que á los seis meses de la conclusion de las Córtes debiera estar hecha una nueva edicion, en la cual se insertasen las Constituciones y Capítulos de las Córtes del año 1599, que estaban impresas en volúmen separado, y de las que entonces se celebraban; aumentando ó modificando los epígrafes de los títulos y los índices correspondientes; que se pusiesen separadas las constituciones y pragmáticas revocadas y supérfluas, y se continuase la genealogía de los Condes de Barcelona y Reyes de Aragon hasta el que entonces reinaba. Para llevar á cumplimiento lo acordado, nombraron á Fr. Baltasar de Montaner, al Dr. José de Solá y al Dr. Salvador Massanés de Ribera, que cumplieron su cometido, publicándose la nueva edicion en 1704.

El órden de esta última compilacion es idéntico al de la segunda. Consecuencia de la adicion de nuevas Constituciones y de Capítulos de Córte, fué el mayor número de títulos en algunos libros; y del tiempo trascurrido, el haber trasladado al volumen tercero algunas disposiciones que se consideraron supérfluas.

Las citas que haremos en el decurso de las *Instituciones*, se referirán siempre á esta última compilacion. El Tribunal Supremo la designa con el nombre de *Libro de las Constituciones.*

Los dos primeros volúmenes fueron traducidos y anotados por D. Pedro Nolasco Vives y Cebriá (3).

En 1616, por comision real el Dr. Juan Francisco de Gracia escribió las *Ordinaciones* y recopiló las *Pragmáticas* y *edictos reales del* Valle de Aran, que, aprobadas debidamente, fueron impresas á últimos de 1617 ó á principios del año siguiente (4). Tienen carácter gubernativo y el capítulo 13 de las *Pragmáticas* declara que las *Constituciones*, *Capítulos* y *Actos de Córte obligan á todos los vecinos de dicho valle.*

---

(2) Constitucion 3.ª del Proemio de la 3.ª Compilacion.

(3) Barcelona 1832; 1861 á 1867.—El Sr. Vives omite la traduccion de algunas disposiciones que consideró derogadas ó desusadas.

(4) Fueron reimpresas en 1752, Barcelona.

Jurisconsultos de esta cuarta época.

Cancer, que á la conclusion de la anterior (1594) dió á luz la importante obra *Variarum resolutionum*, etc., ha de ser tambien considerado como jurisconsulto de este período.

Comparten su autoridad en el foro catalan Ferrer, Fontanella y Cortiada.

El Dr. Miguel Ferrer, Magistrado de la Audiencia de Cataluña, fué autor del apreciable tratado *Michaelis Ferrer Observantiarum Sacri Regis Senatus Cathaloniæ* (1). El espíritu profundamente jurídico que revela, coloca á Ferrer entre uno de los más eminentes jurisconsultos de Cataluña.

El Dr. Juan Pedro Fontanella, uno de los personajes de la historia de Cataluña, escribió la obra *De pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus tractatus* (2), verdadero monumento del derecho familiar de Cataluña. Los heredamientos, los privilegios dotales, el esponsalicio y los derechos de la viuda son tratados magistralmente. Presenta la redaccion de unas capitulaciones matrimoniales catalanas, y examina cada una de sus cláusulas, por lo cual Fontanella dió este nombre á los catorce libros en que la dividió. Las *cláusulas* se subdividen en *glosas*, y á veces éstas en *partes*.

Tambien es importante la primera obra que publicó, con el título de *Sacri Senatus Cathaloniæ Decissiones* (3).

El Dr. D. Miguel de Cortiada, Regente de la Audiencia, publicó la obra *Decissiones Cancellari Sacri Regii Senatus Cathaloniæ, sive contentionum et competentiarum Regnorum in dictæ Coronæ Aragonum, super recíproca in laicos et cléricos jurisdictione* (4). A pesar de su título, comprende algunas materias de derecho civil, expuestas con bastante amplitud.

Publicó otra obra sobre competencias eclesiásticas, pero carece de importancia actual para el derecho civil.

D. Acacio Antonio de Ripoll publicó tres obras sobre derecho civil, siendo la más importante la que se titula *Variæ juris resolutionum multis diversorum Senati decis. ilust. Quam plurima Constitutio. Catha. declarantur* (5).

---

(1) Conocemos la edicion publicada por Despujol en 1608, (Barcelona) que alude á otra anterior.

(2) Editada en Barcelona (1612), Génova (1638), Venecia (1647), Génova (1659) y Lion (1667).

(3) De esta obra, dividida en dos tomos, se hicieron dos ediciones en Barcelona (1632 y 1645), y una en Génova (1662); en 1640 se imprimió el primer tomo en Venecia.

(4) Editada en Barcelona (1661), Gerona (1699) y Lion (1714).

(5) Lion; 1630.

El Dr. D. Segismundo Despujol anotó las *Observancias del Senado* de Miguel Ferrer (1), y el *Apparatus aurei* de Tomás Miéres, que publicó con el título de *Index singularum materiarum doctorum practicorum Cathalonia, Prodeunt commentaria Thomasi Mieres super Const. Hac. nostra* (2), Fontanella cita frecuentemente con gran respeto las opiniones de este jurisconsulto (3).

El presbítero D. Buenaventura de Tristany, Magistrado de la Audiencia, escribió la obra en tres tomos, *Sac. Reg. Senatus. Cathaloniæ Decisiones* (4), importante para conocer la jurisprudencia del antiguo Tribunal superior de Cataluña.

El Dr. Antonio de Vilaplana, profesor de leyes en la Universidad de Lérida, publicó una obra de alguna importancia en materia de enfitéusis, titulada *Ilustrationes feudales et emphiteuticales ad Consti.* Item ne super laudemio (5).

José Ramonij publicó una obra que puede consultarse con fruto sobre heredamientos y otras instituciones reguladas por la costumbre y la jurisprudencia. Titúlase *Consilia et Sent. Sen. Reg. Cathal. cum Observ. Jac. Balduccii etc.* (6).

En 1617 se publicó la obra póstuma de Francisco Molino, *Tractatus celebris et insignis de Ritu Nuptiarum et Pactis in Matrim. conventis* (7).

Está dividida en tres libros, siendo dedicado el último al exámen de las donaciones por causa de matrimonio.

Distínguese por su laboriosidad el Dr. Francisco Ferrer y Nogués. Publicó un tratado sobre la sucesion de los impúberes, con el título de *Commentaria sive glosemata ad utiliorem quandam ex constitutionibus Principatus Cathaloniæ incipientem. Los impúbers, sub. rub. De pup. et aliis subst.* (8), importante pero de consulta enojosa por su gran difusion. Escribió sobre los derechos de la viuda (9) y una obra con el título de *Observantia Regis Cathaloniæ Senatus.*

En 1704 se imprimió una obra de Notaría, escrita por José Comes (10), que contiene una sucinta y clara exposicion de las instituciones civiles catalanas.

---

(1) Barcelona, 1608.
(2) Barcelona, 1610.
(3) Publicó con notas propias la obra de Miguel Ferrer, sobre jurisprudencia de los tratadistas catalanes.
(4) Barcelona, 1686.
(5) Barcelona, 1687.
(6) Bolonia, 1689.
(7) Barcelona,
(8) Lérida, 1617.
(9) *Commentarium in Constitut. incip. nostra Princip. Cathal. sub tit. soluto matrimonio.* Lérida, 1629.
(10) *Viridaium artis Notariatus.* Gerona, 1702. — En 1826 se publicó traducida al castellano con el título de *Tratado práctico del arte de Notaría.*

La índole de esta *Introduccion histórica* no consiente la enumeracion de las obras publicadas por Valencia, Garrovira, Ramon, Montaner, Amigant, Xammar, Gallego, Luis Ferrer, Vilosa, Capdevila, Potau. Durán y Feliu; pero debemos hacer particular mencion de la publicada por el Dr. D. Miguel de Calderó, Regente de la Real Cancillería, con el título: *Sacri Regii Concilii Cathaloniæ Decissiones* (1), importantísima para el conocimiento del derecho público y del procesal de Cataluña.

(1) Barcelona, 1701. — Venecia, 1724.

QUINTA ÉPOCA.

DESDE EL DECRETO DE NUEVA PLANTA, DADO EN 1716 POR FELIPE IV (V DE CASTILLA), HASTA NUESTROS DIAS.

Conocidos son los hechos que terminaron con la desaparicion de la autonomía política de Cataluña, y con ella de sus Córtes, libertades y magistraturas.

En 16 de enero de 1716, Felipe V expidió en Madrid un Real decreto sobre *Establecimiento y Nueva Planta del Gobierno de Cataluña,* que forma la ley 1.ª del tit. 9, lib. V de la Novísima. Recopilacion de España. Para nuestro objeto es fundamental el cap. 42 (1) que dice así:

En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto, mando que se observen las constituciones que ántes habia en Cataluña; entendiéndose que son de nuevo establecidas por este decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él.

Continuaron, pues, observándose las disposiciones civiles particulares de Cataluña, contenidas en la última compilacion de 1704. *Usatges, Constituciones, Capítulos y Actos de Córte, Costumbres generales y particulares, Pragmáticas, Privilegios, Sentencias y Bulas* quedaron vigentes, y lo están hoy, en cuanto ni son contrarias al decreto de *Nueva Planta,* ni han sido derogadas por disposiciones más recientes comunes á todo el Reino. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo.

En cuanto al derecho supletorio, un distinguido escritor, D. Bienvenido Oliver (2), ha supuesto que el *Decreto de Nueva Planta* destruyó el antiguo de Cataluña, sustituyéndolo por el de Castilla; pero existen datos irrebatibles que prueban la observancia posterior del antiguo derecho supletorio y su reconocimiento por el legislador. Deploramos que los estrechos límites de esta *Introduccion,* no consientan su exposicion.

---

(1) 56 de las Impresiones sueltas.
(2) *Estudios históricos sobre el derecho civil en Cataluña.*

Doctrina del Tribunal Supremo sobre el derecho supletorio.

El Tribunal Supremo ha considerado vigente la *Constitucion de* 1599, pero al interpretarla la modifica notablemente, reduciendo el valor de las opiniones de los autores é introduciendo las leyes castellanas de *Partida*.

En sentencias de 21 de Mayo de 1845; 29 de Mayo y 10 de Octubre de 1857; 28 de Abril de 1858; 23 de Noviembre de 1860; 8 de Mayo y 25 de Octubre de 1861; 12 y 30 de Diciembre de 1862; 9 de Noviembre de 1863; 5 de Diciembre de 1864; 29 de Setiembre de 1865; 1 de Junio de 1866; 11 de Enero, 21 de Marzo y 30 de Diciembre de 1867; 26 de Febrero de 1870; 1 de Octubre de 1872; 9 de Julio de 1874; 18 de Junio de 1875, y 26 de Enero y 19 de Mayo de 1876, ha declarado que en falta de las disposiciones de los *Usatges*, *Constituciones* y otras disposiciones del Principado, deben guardarse, en primer término, las canónicas; en segundo, las romanas; y en tercero, las doctrinas de los Doctores (1).

Pero en las de 4 de Mayo de 1859; 5 de Febrero y 30 de Junio de 1866; 30 de Diciembre de 1867; 22 de Abril de 1875; 19 de Mayo de 1876; 9 de Febrero y 20 de Abril de 1878, ha consignado que las opiniones de los autores, por respetables que sean, sólo tienen fuerza legal cuando hayan sido admitidas inconcusamente por los tribunales, formando doctrina legal, no siendo bastantes por sí á constituir dicha doctrina, ni para ser fundamento de casacion (2).

En las de 8 de Mayo de 1861; 11 de Junio y 30 de Diciembre de 1862; 29 de Setiembre de 1865; 5 de Julio de 1869 y 9 de Julio de 1874, ha establecido que á falta de los derechos canónico y romano, es supletorio el código de las *Siete Partidas* (3). Pero en la de 14 de Febrero de 1874 declaró terminantemente que no tiene este carácter, negativa que ya habia considerado indudable en la Sent. de 1 de Junio de 1876.

---

(1) En las sentencias de 11 de Junio de 1862; 26 de Enero de 1876, y 3 de Diciembre de 1878, ha declarado terminantemente que contra una disposicion que forme parte de las *Constituciones* (Cuerpo legal de Cataluña), no pueden prevalecer las leyes romanas, que solo tienen carácter supletorio.

(2) En la de 30 de Junio de 1866 dijo lo mismo respecto á la práctica ó jurisprudencia del determinado tribunal.

(3) Respecto á este elemento, completamente nuevo en el derecho de Cataluña, en las sentencias de 29 de Setiembre de 1865, 5 de Julio de 1869 y 9 de Julio de 1874, dijo que no era aplicable á las cuestiones que tienen su resolucion en las *Constituciones de Cataluña*.—La de 9 de Julio de 1874, como la de 12 de Diciembre de 1862, dice *derecho patrio*; pero despues de las anteriores declaraciones solo puede referirse al derecho de *Partidas*.

En la de 12 de Diciembre de 1862 dijo que los derechos canónico, romano y patrio, anterior á la *Nueva planta*, eran supletorios; pero con mejor acuerdo en la de 4 de Mayo de 1859 habia declarado que no era aplicable á Cataluña la ley 69 de Toro sobre donaciones, y en la de 11 de Diciembre de 1866 declaró no estar vigente, *por ser anterior á la Nueva Planta*, la ley 61 de Toro sobre obligaciones mancomunadas entre marido y mujer; declaracion repetida respecto á la misma ley y otras recopiladas, anteriores al decreto de *Nueva Planta*, en las sentencias de 28 de Setiembre de 1867, 14 de Febrero y 9 de Julio de 1874, 8 de Abril de 1875, y 16 de Abril de 1879 (1).

Respecto á las disposiciones de carácter local, contenidas en el segundo volúmen de la Compilacion legal catalana, el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de Noviembre de 1845, declaró que el *Recognoverunt Proceres* solo era aplicable á la ciudad de Barcelona, y en la de 11 de Diciembre de 1866 declaró que lo es únicamente á las poblaciones á cuyo favor se promulgaron los privilegios, y para las demás á que se hicieron extensivos.

Trabajos jurídicos realizados durante la quinta época.

Rota la tradicion de los jurisconsultos catalanes que escribian con entusiasmo sobre el derecho patrio, en el siglo XVIII apenas existen algunos de escasa importancia (2).

El Dr. Jaime Tos y Urgellés publicó (3) un *Tratado de la cabrevacion segun el derecho* y *estilo del Principado de Cataluña*, reimpreso en 1826 con el aditamento de una *Disertacion de la Firma por razon de Señorío y derecho de Prelacion, Tanteo ó Fadiga.* — Resume muy bien las doctrinas de los autores catalanes sobre los derechos nacidos de la enfitéusis, dedicando un capítulo al contrato de *Establecimiento á primeras cepas*, ó *rabassa morta.*

En 1772 se publicó por el notario Vicente Gibert una obrita con el título de *Theorica artis Notariæ*, que no carece de utilidad para el conocimiento somero de algunos puntos del derecho civil catalan. En 1828 se imprimió la traduccion al castellano, hecha por D. Eugenio de Tapia y enriquecida en 1875 con notas y un *compendio de la prescripcion catalana* del Dr. D. Felix M.ª Falguera, actual catedrático de la Escuela de Notaría de Barcelona, muy conocedor é infatigable paladin del derecho catalan.

---

(1) Por su fundamento debemos citar la de 12 de Noviembre de 1872, que declaró inaplicables á Mallorca las leyes de Toro por ser anteriores al decreto de *Nueva Planta*

(2) Grau y Sunyer; Juglá; Camps; Casana; Pastor; Santayana y Cabañach.

(3) Barcelona, 1744.

Debemos hacer particularísima mencion del Dr. D. José Finestres y de Monsalvo, catedrático de la Universidad de Cervera. No se dedicó al estudio y exposicion del derecho catalan, pero sí al de la legislacion romana, mereciendo sus obras (1) grandes alabanzas de nacionales y extranjeros. Tambien escribió sobre derecho publico (2).

Con el siglo XIX principian los trabajos jurídicos del eminente cancelario de la Universidad de Cervera D. Ramon Lázaro de Dou y de Bassols, que en los años de 1800 á 1802 publicó una obra titulada *Instituciones del derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña*, que, aparte de su mérito intrínseco, no carece de utilidad para el esclarecimiento de algunos puntos dudosos del derecho privado. En 1831 dió á luz un folleto con el título de *Pronta y fácil ejecucion del proyecto sobre Laudemios, fundada principalmente en una autoridad del Dr. Adan Smith*, en el cual defendió el contrato enfitéutico, reclamando la conservacion de la libertad para estipularlo, pero indicando la conveniencia de ciertas restricciones.

D. Ramon Coll y Fabra publicó una obrita bajo el nombre de *Praxis forensis, Constitutionibus municipalibus Cathal. et reg. de vulg. dict. de la Nueva Planta accommodata* (3), que solo tiene valor histórico.

D. Jaime Morelló publicó (4) una *Coleccion de Contratos, Testamentos, etc. para gobierno de los Notarios de Cataluña*, de alguna utilidad para la interpretacion de las cláusulas más comunes en las escrituras antiguas.

En los años 1832 á 1835 (5) el Sr. D. Pedro Nolasco Vives y Cebriá prestó el inapreciable servicio de traducir y anotar los *Usatges y demás derechos de Cataluña no derogados, con indicacion del contenido de los inútiles, y disposiciones por las que han venido á serlo.* Esta obra, facilitando la inteligencia de las disposiciones del cuerpo legal de Cataluña y precisando sus prácticas y usos, contribuyó notablemente á la conservacion de las instituciones del país. En los años de 1861 á 1867 se publicó la segunda edicion, corregida por el autor.

En 1833 el bachiller D. Ignacio Sanpons imprimió un resúmen de la doctrina de Fontanella sobre los heredamientos, no publicado hasta el año de 1879 en que fueron hallados los ejemplares impresos. Está escrito con fidelidad y buen método.

---

(1) *De jure dotium*; Cervera. 1754—*Prælectiones*. El tomo 1.° se titula *Commentarii academici ad titulos Pandectarum de inoficioso testamento ac de vulgari et pupilari substitutione*. El tomo 2.° *Commentarii academici ad titulum Pandectarum de liberis et postumis cui subjungetur diatriba de postumis heredibus vel exheredendis et ad titulum de acquirenda vel ommittenda hereditate.*; Cervera, 1550 —*In Hermogeniani juris epitomarum commentarius*; Cervera, 1757.

(2) *Exercitationes academicæ*.—Cervera, 1745.

(3) Cervera, 1826.

(4) Barcelona, 1827.

(5) Barcelona.—En 1838 publicó un *Índice general por órden alfabético de las materias contenidas en la traduccion, de los Usatges, etc.*

En 1841 se publicaron anóminos unos *Apuntes sobre el derecho de Cataluña*, escritos por órden alfábetico y desnudos de toda doctrina.

En 1842 D. José Antonio Elías y D. Estéban de Ferrater publicaron un *Manual del Derecho Civil vigente en Cataluña, ó sea Resúmen ordenado de las disposiciones del Derecho Real posterior al decreto llamado de* Nueva Planta y *de las anteriores, así del derecho municipal como del canónico y romano, aplicables á nuestras costumbres.* De esta conocida y útil obra hízose nueva edicion en 1864, *arreglada en vista de la legislacion vigente hasta el dia y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia*, que no mereció igual aceptacion.

En 1853 se publicó en Barcelona, sin nombre de autor, un cuaderno con el título de *Tratado de los Laudemios, de la Fadiga y de la Amortizacion.*

En 1862 se imprimió en Madrid la *Memoria* premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, escrita por D. Joaquin Cadafalch y Buguñá sobre el tema: *¿Conviene uniformar la legislacion de las diversas provincias de España sobre la sucesion hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?* El Sr. Cadafalch demuestra la importancia de las leyes sobre sucesiones, y las variantes que se notan en los diversos territorios españoles; señala y estudia concienzudamente los principios que marcan las diferencias trascendentales; expone las legislaciones antigua y moderna de Cataluña; la organizacion de la familia catalana y sus consecuencias respecto de la propiedad, y defiende brillantemente el sistema de libertad de testar en sus aspectos jurídico y económico.

El movimiento jurídico contemporáneo ha traspuesto las antiguas fronteras del Principado. Los jurisconsultos castellanos D. Amalio Marichalar, Marqués de Montesa, y D. Cayetano Manrique, en los tomos 6.° y 7.° de la *Historia de la legislacion y recitaciones del derecho civil de España* (1) exponen con bastante amplitud, buen deseo y acertado críterio los precedentes históricos de la legislacion catalana, los actos legales de cada reinado, los trabajos de las Córtes, los Códigos generales y el estado social del antiguo Estado catalan.

D. Benito Gutierrez Fernandez, catedrático de la Universidad de Madrid, dedica á la exposicion del derecho vigente en los territorios llamados *forales* los dos últimos volúmenes de la obra *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español.* El catalan ocupa el primer lugar.

D. Bienvenido Oliver en 1867 publicó unos *Estudios históricos sobre el derecho civil en Cataluña*, con el objeto de *conocer el derecho supletorio en que principalmente consiste la legislacion civil de Cataluña.* Esta obra

---

(1) Se han publicado (1861 á 1872) 9 volúmenes, que contienen la parte histórica.

merece elogios por las investigaciones que supone; pero tan buena circunstancia es eclipsada por las afirmaciones de que Cataluña carece de un derecho civil propio; de que al organizarse como Estado independiente los Condes tenian empeño en apoyar la idea unitaria de la destruida monarquía visigoda, protestando el país contra el fraccionamiento de estados independientes; de que los *Usatges* fueron un ordenamiento provisional; de que los caractéres más esenciales del código del Fuero Juzgo constituyen todavia el verdadero elemento histórico del Principado; de que los jurisconsultos catalanes comprimieron el vuelo original del génio catalan; y finalmente, por la injustificada prevencion contra el derecho supletorio, que le conduce á ser más realista que el rey promulgador del decreto de *Nueva Planta.*

De muy distinta manera ha procedido en su no bastante celebrado trabajo sobre el libro de las *Costumbres de Tortosa* (1). Se ha despojado de los juicios formados *á priori*; ha examinado los verdaderos elementos de la legislacion catalana; los ha comparado y relacionado unos con otros; y si bien dando, tal vez, excesiva importancia á un libro de costumbres de una ciudad no independiente, formado con los elementos de derecho escrito general de Cataluña, de los que con la sucesion de los tiempos se fueron introduciendo, y de los usos peculiares de la ciudad, ha de calificarse el estudio del Sr. Oliver de verdadero monumento elevado á la legislacion y á las costumbres catalanas.

Posteriormente D. José Antonio Elías, en la obra titulada *Derecho civil general y foral de España* (2) expone las variantes de las distintas legislaciones españolas, y con particular amplitud las disposiciones y jurisprudencia de Cataluña.

Otros escritores contribuyen actualmente á la adquisicion del exacto conocimiento de las antiguas instituciones político-jurídicas de Cataluña, y por consiguiente de las fuentes y orígenes de la legislacion civil (3).

Al concluir esta *reseña histórica*, debemos recordar lo dicho en el prólogo sobre el estado del derecho civil de Cataluña y la amenaza que sobre él pesa.

---

(1) Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia.—*Código de las Costumbres de Tortosa;* 1876 á 1878; 3 volúmenes.

(2) Barcelona, 1873 á 1875; 3 vol.

(3) Entre otros, los Sres. Coroleu y Pella.—(*Las Córtes Catalanas*; 1876.—*Los fueros de Cataluña;* 1878). Puede consultarse con gran fruto la *Historia civil* y *eclesiástica de Cataluña*, escrita por D. Antonio de Bofarull y Brocá, (Barcelona 1876 á 1878).

INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL CATALAN.

TÍTULO PRELIMINAR.

DE LOS ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA, Y DE SU INTERPRETACION.

Disposiciones legales que se observan en Cataluña.

En virtud de lo dicho en la *Introduccion histórica* (1), hoy están vigentes en Cataluña:

1.° Las disposiciones generales posteriores al decreto de *Nueva Planta*, y las de este decreto.

2.° Las contenidas en la compilacion legal, titulada *Constitucions y altres drets*; *Pragmáticas y altres drets de Catalunya*, no derogadas por las citadas en el número anterior. Se han de distinguir las de carácter general y las de carácter particular, contenidas aquellas en el primer volúmen (de las *Constituciones, etc.*), y éstas en el segundo (de las *Pragmáticas, etc.*) (2).

3.° Las del derecho canónico, ó sean —(A. Las posteriores al concilio de Trento, poco importantes para el derecho civil. —(B. Las del concilio de Trento. —(C. Las *Extravagantes comunes*. —(D. Las *Extravagantes* de Juan XXII. —(E. Las *Clementinas*. —(F. Las *Decretales* de Bonifacio VIII, que forman el libro 6.° de las *Decretales*. —(G. Las *Decretales* de Gregorio IX. —(H. El *Decreto* de Graciano (3).

---

(1) Pags. 26, 32 y 33.

(2) Pags. 28 y 34.

(3) El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de Mayo 1864], declaró que el *Levítico* no forma parte del derecho canónico ó supletorio en Cataluña, como se habia supuesto para fundar la accion de retracto gentilicio. Véanse las pags. 27 y 33.

4.° Las del derecho romano, por el órden siguiente:—(A. Las Novelas del emperador Leon—(B. Las de Justiniano—(C. El *Código* de este emperador.—(D. Las *Instituciones* y (E. las *Pandectas ó Digesto*, que fueron publicadas al mismo tiempo, pero mereciendo preferencia las *Instituciones* por haberse formado indudablemente con posterioridad (1). La práctica admitió las constituciones de los emperadores de Alemania intercaladas en el *Código* en forma de *Auténticas*, ó sean la *Sacramenta puberum* del Tit. 28. Lib. II y la *Habita* del Tit. 13 Lib. IV.

5.° Finalmente las opiniones de los autores admitidas por los tribunales. (2)

Las *Partidas* son complementarias, segun algunas sentencias del Tribunal Supremo (3).

La respectiva preferencia es la del órden con que se han enumerado.

Costumbre.

La costumbre está sancionada en las disposiciones peculiares de Cataluña, respetadas por el decreto de *Nueva Planta*.

En el Tit. 15, (*De Usatges, Constitucions y altres leys*) Lib. I, Vol. 1.°, hay el *Usatge Una quœque gens*, que dice: *Costumbre es un derecho formado de los usos, el cual es tenido por ley* (4). En su virtud el Tribunal Supremo ha declarado (5) que debe observarse la costumbre probada en falta de ley.

Pero las *constituciones* 10 y 13 (6) del Tit. 17 (*De observar constitutions*), Lib. I, Vol 1.°, disponen que no valga la costumbre, aunque sea in-

---

(1) Así lo sostienen los más ilustrados tratadistas de derecho romano.

(2) Pags. 27 y 33.

(3) Pag. 33.

(4) El *Usatge*, traducido al castellano, dice así: «Cada pueblo con sus costumbres se dá una ley propia, porque una larga costumbre es habida por ley. *Ley* es especial derecho. *Uso* es una larga costumbre derivada de los usos. *Costumbre* es un derecho formado de los usos y es tenida por ley, porque aquello que el Rey ó Emperador manda, se llama Constitucion ó Edicto, y todo derecho está en ley ó en costumbre. Uso es una costumbre aprobada por la antigüedad, y se llama costumbre porque está en el comun uso. La institucion de equidad es doble, ora en las leyes ora en las costumbres. Privilegios son leyes para particulares, casi leyes particulares, porque el privilegio toma su nombre de recaer sobre cosa particular.»

(5) Sent. de 17 de Setiembre de 1863.

(6) Fernando II en las primeras Córtes de Barcelona, año 1481; cap. 18.—El mismo en las segundas Córtes de Barcelona, año 1493; cap. 67. . . . . «establecemos y ordenamos que por cualquier uso, ó propiamente abuso, que en cualquier tiempo Nos ó nuestros oficiales practicasen contra dichos Usatges, Constituciones de Cataluña, Capítulos y Actos de Córte, privilegios antedichos, prácticas, usos y costumbres, no se perjudique á dichos Usatges, etc., aunque

memorial, contra los Usatges, Constituciones, Capítulos y Actos de Córte, privilegios, usos y costumbres promulgadas y recibidas en Cataluña.

Interpretacion.

A la interpretacion se refiere el tít. 16 *(De interpretatió de usatges, constitucions y altres leys.)* Lib. 1.°, Vol. 1.°

La *Constitucion* 1.ª (1) manda que las constituciones se interpreten segun el carácter general que tienen, y los privilegios segun el particular para lugares ó personas con que fueron concedidos, sin que nadie se atreva á interpretarlos ni á pedir sentencia contra ellos.

Las *Constituciones* segunda y tercera prevenian que la interpretacion se hiciese por el monarca: fueron derogadas por las leyes generales posteriores á la *Nueva Planta*, y especialmente por las referentes al valor de las sentencias del Tribunal Supremo. Cancer ya decia (2) que solo la interpretacion modificativa y general de la ley estaba reservada al soberano, pues la declarativa, en los respectivos litigios, podia hacerse por los tribunales, como se practicaba en Cataluña.

Fontanella (3) se ocupa de la interpretacion de las *Constituciones* con relacion al derecho romano.

Las reglas de interpretacion son las generales de la ciencia del derecho, y las consignadas en la legislacion romana.

---

tales usos ó propiamente abusos fuesen por tanto tiempo observados que no hubiese memoria en contrario; ántes bien queriendo que se tengan por nulos é inútiles. . . . . »

En el Libro 2.° de la compilacion hay un título con el epígrafe de *Costumes y diversos styls de Corts* (11 del Lib. I.), que contiene dos pragmáticas actualmente inútiles.

(1) Alfonso II en las Córtes de Monzon, año 1289, Cap. 15.

(2) *Var. resol.* Parte 3.ª, Cap. 3.°, Núms. 61 y 62.

(3) *De pactis núp.*, Claús. IV, Glos. 18, Part. 2.ª, Núm. 68.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TÍTULO I.

DE LAS PERSONAS EN GENERAL.

§ 1. **Nocion de la persona.**—Es la del derecho romano; por consiguiente hay *personas físicas*, *y personas civiles ó morales* (llamadas tambien *jurídicas*).

CAPITULO 1.°

DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

SECCION 1.ª

DE LA CAPACIDAD NATURAL.

§ 2. **Condiciones del individuo para ser persona.**—Segun el art. 60 de la ley de *Matrimonio civil*, para que un individuo sea *persona* debe haber nacido con figura humana y vivido 24 horas enteramente desprendido del seno materno.

Las disposiciones romanas, vigentes hasta la publicacion de dicha ley, solo exigian la completa separacion del claustro materno y tener figura humana.

§ 3. **Consideracion del póstumo.**—Por una ficcion legal, al concebido se le considera ya nacido cuando se trata de su utilidad (1), si

(1) Ley 7 y 26 Dig. *De statu homi..* I, 5.—L. 3, Dig. *Si pars hæred. petatur*, V. 4., —L. 30, § 1.° Dig. *De adquir. hæredi.*, XXIX, 2.°.—L. 7 præ., Dig. *De rebus dubiis* XXXIV, 5.— L. 231. Dig. *De. verb. signif.*, L, 16.

bien para consumar sus derechos era indispensable que naciese vivo, y hoy que nazca con las circunstancias expresadas en el § anterior.

Segun este principio, el Tribunal Supremo (1) ha declarado que la palabra *vivos*, puesta por el testador, no excluye más que á los fallecidos verdaderamente, comprendiendo á los que están en el vientre.

SECCION 2.ª

DE LAS CUALIDADES NATURALES QUE INFLUYEN EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD NATURAL.

§ 4. **Sexo.**—En general, los *hombres* y las *mujeres* tienen la misma capacidad (2); y bajo la palabra hombre, se comprenden las mujeres. Pero éstas unas veces son de peor condicion (3), y otras de mejor (4).

Los de sexo dudoso (*hermafroditas*) son considerados por la ley de aquel á que más se asemejan (5).

§ 5.° **Edad.**—Las personas físicas se dividen en *mayores* y *menores* de edad (6). Son mayores los que han cumplido 25 años (7); el tiempo se cuenta de momento á momento (8). Los menores pueden ser *púberes* ó *impúberes*, del modo que establece el derecho romano.

Los menores emancipados á la edad de veinte años, si fueren varones, y á la de diez y ocho si fueren hembras, pueden obtener la vénia de edad (9) que les asimila á los mayores, excepto en cuanto á las enagenaciones (10) que deben practicarlas con las formalidades prevenidas en la ley de Enjuiciamiento civil (11). La concesion de la dispensa es una de las gracias llamadas al sacar (12). Respecto á las presunciones de prioridad de nacimiento de dos gemelos, véase la Ley 12, Tit. 13, Partida VII.

---

(1) Sent. de 11 Julio de 1877.

(2) Ley 1, Dig. *De verb. signif.*, L, 16.—L. 152 y 195 præ, Dig. *eodem*.

(3) Por ejemplo, Ley 9. Dig. *De stat. hom.*, 1, 5.—L. 2 Dig. *De reg. jur.*, 4, 16.—L. 1, § 5 Dig. *De postul.*, III, 1.—L. Dig. *De tutor.*, XXVI, 1.—§ 10 Inst. *De adopt.*, I, 11.

(4) Por ejemplo, Dig. *Ad S. C Velley.*, XVI, 1.—*Cod.*, *eodem*, IV, 29.— Nov. 134, cap. 9.—Ley única § 1 y 15 Cod. *De rei uxor act.*, V, 13.

(5) Ley 10 Dig. *De stat. hom.*, 1, 5.—L. 15, § 1.° *De testib.*, XXII, 5.—L. 6, § 2, Dig. *De lib. et posth.*, XXVIII, 2.

(6) Ley 1, § 2 y 3—L. 3, § 3, Dig. *De minor.*, IV, 4.

(7) Ley 5, Cod., *Quando dies legati.*, VI, 53.

(8) L. 3, § 3, Dig. *De minor.*, IV, 4.—L. 98 *De verb. signif.*, L. 16.

(9) Ley 2.ª, Cod., *De his qui veniam ætat. impetra.*, II, 45.

(10) Ley 3.ª, *eod.*

(11) Segunda parte, Tít. 13.

(12) Arts. 1 y 2 de la Ley de 14 de Abril de 1838; R. O. de 19 de Abril del mismo año; Tít. 6.° de la segunda parte de la ley de *Enjuiciamiento civil.*

§ 6.° **Falta de salud é integridad corporal.** — En los lugares oportunos se notarán las limitaciones que en el ejercicio de los derechos tienen los *sordos*, *ciegos*, *mudos* é *incapaces* de procrear.

El enfermo temporal que está impedido de cuidar de sus negocios (*morbus sonticus*), no es responsable de ciertas informalidades (1); y si la enfermedad no es transitoria, puede excusarse de algun cargo, tal como el de la tutela.

§ 7.° **Falta de salud intelectual y prodigalidad.**—En cuanto á la capacidad de los *furiosos*, *locos* y *mentecatos*, se observa el derecho romano. El *pródigo* se equipara al *furioso*, pero los contratos que verifique serán válidos en el caso de favorecerle.

SECCION 3.ª

DE LA CAPACIDAD CIVIL.

§ 8.° **Su condicion fundamental.** — La capacidad civil tiene por base la nacionalidad. Para saber quiénes son españoles, debe atenderse á lo dispuesto en el artículo 1.° de la Constitucion política de 1876, en el 1.° del Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852, y al principio de que los hijos legitimos y naturales reconocidos siguen la condicion del padre, y los demás ilegítimos la de la madre.

§ 9. **¿Quiénes son catalanes?.**—En la compilacion legal de Cataluña existe el Tit. 68 del Lib. 1.° Vol. 1.° con el epígrafe de *Que tots los officials en Catalunya y Mallorcas sien cathalans* (2). Segun la *Constitucion* 8.ª (3) son catalanes los nacidos en el Principado de Cataluña, (sea ó nó catalan el padre), ó fuera de él siendo hijos ó nietos de padre ó abuelo paterno nacido y domiciliado en Cataluña; la *Constitucion* 12 (4)

---

(1) Ley 60, Cod. *Qui morbo se excusant.*, X, 50.

(2) El Sr. Vives y Cebriá en la traduccion de las *Constitucions* omite las de este titulo, porque *cesando esta ley de extranjeria en virtud del art.* 40 *del decreto de Nueva Planta han venido á quedar inútiles las* 18 *Leyes que contiene;* pero como algunas declaran quiénes son y se consideran *catalanes*, subsisten en cuanto al derecho civil, por más que el decreto de *Nueva Planta* suprimiese la privativa de los catalanes á los empleos de Cataluña.

(3) María, consorte y lugarteniente general de Alfonso IV en las Córtes de Barcelona de 1422, cap. 30 .... *declarat é ampliat que aquell sie agut per natural nadiu de Cathalunya qui en Cathalunya será nat, é aquell que no y será nat, puig lo pare ó avi paternal será nat é domiciliat en Cathalunya.*

(4) Fernando II, en las primeras Córtes de Barcelona, año 1481, cap. 19 . . . *statuim é ordenam que qualsevol personas de qualsevol stament é condició sien, que serán nats é domiciliats dins lo Principat, é voldrán venir de las ditas parts hon son nats á estar é habitar, é tenir son domicili, é capmajor, é realment aquell tindrán verdaderament sens frau algu dins lo dit Principat que aquells tals encare que sien nats fore lo dit Principat sien haguts en totas cosas é tots officis é beneficis per verladers cathalans, axi com si fossen nats dins lo dit Principat.*

exige que en este caso el interesado se domicilie en Cataluña. Segun la 15 (1) tiene la consideracion de catalan el que sin las anteriores condiciones lleve diez años de residencia en Cataluña (2).

Los autores apenas se ocuparon de estas leyes. Cancer (3) habla ligeramente de los nacidos en Cataluña de padres no catalanes, y de alguna prueba de ser domiciliado. Mières (4) puede consultarse con más fruto.

§ 10. **De la vecindad.**—La vecindad no tiene importancia en el derecho civil de Cataluña. Para adquirir la consideracion de catalan (5), y para gozar del derecho particular de algunas poblaciones, basta la simple residencia durante el plazo señalado en las disposiciones generales ó locales.

§ 11. **Ciudadanos de Barcelona, Gerona, etc.**—En virtud del Cap. 53 del *Recognoverunt Proceres* (6), cualquier forastero que estuviere en Barcelona por un año y un dia será tenido por ciudadano para los efectos del derecho civil (7). Lo mismo acontece respecto de Gerona (8) y de otras poblaciones.

§ 12. **Del domicilio.**—Las leyes de *Matrimonio civil* (9) y la *Orgánica del poder judicial* (10) han corroborado y completado las romanas (11) en cuanto al domicilio legal de la esposa, de los hijos, menores, incapacitados, etc. (12).

---

(1) Felipe, principe y lugarteniente general de Cárlos en las Córtes de Monzon de 1553, cap. 9..... *que francesos ni fills de aquells, encara que sien casats, no puguin obtenir offici reyál en Cathalunya..... Plau á sa Altesa que assó se entenga en lo de aquí avant en los que no tindrán sos domicilis per deu anys en Cathalunya.....*

(2) Esta disposicion es conforme á la romana de la Ley. 2, Cod., *De incolis*, X, 39.

(3) *Var. resol.* Part. 3.ª Cap. 3.º, Núms. 108 y 109.

(4) *Apparatus super const.* col. 6.ª, en la *Const. Ulterius confirmantes;* Núms. 5 y 6; y col. 9.ª en la *Const. Confirmants les constitucions fetes*, Núms. 15 y 16.

(5) Véase el § anterior.

(6) Tit. 13 del Lib. I, Vol. 2.º de la Compilacion catalana.—Véanse las Pags. 18, 19 y 34 de la *Introduccion histórica.*

(7) Así Fontanella (*De pactis nups.* Claus. III, Glos. 2.ª Núms. 1 y 73) y Tristany, *Decis* 11, Núm. 33. interpretan dicho capítulo, y así se ha entendido y se entiende practicamente.

(8) En virtud del Cap. 1.º de la Rúbrica 63 de sus *Costumbres* escritas

(9) Arts. 48; 88, Núm. 1.º; y 65, Núm. 1.º

(10) Art. 310.

(11) Leyes 5 y 22, § 1, Dig. *De rit nup.*, XXIII, 2.— Ley única, Cod., *De mulieribus in quo loco.*, X, 62.— Ley 1, § 2, Dig. *De rei vindicat.*, VI, 1.—Ley 1.ª proe; y 5.ª Dig. *Ubi pup. ed. vel morari.*, XXVII, 2.—Leyes 3, 17 y 47, Dig. *Ad municipalem,* L, 1.—L. 3 Cod. *De municip.*, X, 38.

(12) Sobre el domicilio en general, puede verse la obra de Dou *Instituciones del derecho público general de España*, Lib. I, Tit. 6, Núms 3 á 9.—Véase tambien Tristany, *Decis.* 11, Núms, 1, 2, 3, 12 17, 18, 19.

CAPÍTULO 2.º

DE LAS PERSONAS MORALES Ó JURÍDICAS.

§ 13. **Disposiciones que las regulan.**—Son las del derecho romano, contenidas en las Novelas (1), Código (2) y Digesto (3). Respecto de la Iglesia, se observan las canónicas.

Las Leyes 3.ª Cod. *De jure reipubli.*, y 4.ª Cod. *Quibus ex causis major*, *in integer. rest.* II, 54, conceden á la República el derecho de las menores (*jura minorum*); y la 10, Tit. 19, Partida VI lo concede á las Iglesias, Reyes y Concejos.

---

(1) 110—131, Caps. 6 y 12.—134, Cap. 6.

(2) *De jure reipublicæ*, XI, 29.— *De jure fisci*, X 1.—*De fide et jur. hastæ fisca.*, X. 3.—*De sacrosant eccles.*, 1, 2.—*De epis. et cleri.*, I. 3.—*Quoquis. ord. convent.*, XI, 35.—*De incert. person.*, VI, 48.—Ley 12, *De hæred. ints.*, VI, 24.—5 *De legat.*, X, 63.—8, *De oper. publi.*, VIII, 12.—3, *De venden reb. civit.*, XI, 31.—33, *De decur.*, X. 31.

(3) Leyes 16, 17 y 85, *De verb. signif.*, L, 16.—22 *De fidejus.*, XLVI. 1.—*De jure fisci.* XLIX; 14—*De colleg. et corp.*, XLVII, 22.—*De admi. rer. civit. pert.*, L, 8.—*De vegti et com.*, XXXIX, 4—*De adminis. rer, civit, perti.*, L, 8.—*Quod cujus univers. nomi, ad cont. eum agalur.*, III, 4, etc.

TÍTULO II.

DE LAS PERSONAS EN CUANTO Á LAS RELACIONES DE FAMILIA.

CAPÍTULO 1.º

DEL PARENTESCO.

SECCION 1.ª

DEL PARENTESCO EN GENERAL.

§ 14. **Disposiciones vigentes.**—Lo están las del derecho romano, excepto en cuanto se refiere á la celebracion del matrimonio canónico, que se regula por las del canónico.

§ 15. **Comprension de algunas palabras que significan parentesco.**—De acuerdo con las leyes romanas y la jurisprudencia catalana (1), el Tribunal Supremo ha declarado (2) que bajo la palabra *hijos* se comprenden los nietos y todos los descendientes en lo que les es favorable, cuando esta inteligencia no está limitada por alguna ley especial (3); y tambien las hijas (4).

Tambien ha declarado que en la palabra genérica *hermano*, se com-

(1) Ferrer, *Observ.*, Part. 1.ª Cap. 361, N.º 1.—Fontanella, *De pactis nup.* Claus. IV, Glos. 9. Part. 1.ª Núms. 43 y siguientes.

(2) Sentencias de 28 de Abril y 23 de Diciembre de 1858; 23 de Abril de 1864; 14 de Setiembre de 1867 y 26 de Febrero de 1870.

(3) Sent. de 13 de Diciembre de 1877, que si bien se refiere exclusivamente á la legislacion de Partidas, establece un principio general de derecho aplicable á Cataluña.

(4) Sent. de 26 de Marzo de 1870.

prenden los varones y las hembras (1); que la de *primo* es genérica, significando no solo á los hijos de los hermanos del padre ó madre, si que tambien á los siguientes en grado (2), y que la de *parientes*, puesta en un testamento, comprende á todos los incluidos en el grado último del llamamiento *abintestato*. (3)

En el libro IV, al exponer la reglas de interpretacion de las últimas voluntades, desarrollaremos estos principios y mencionaremos las excepciones á que están sujetos.

SECCION 2.ª

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION.

§ 16. **En el caso de legitimidad.** — A la paternidad y filiacion, derivadas de legítimo matrimonio, se refieren los arts. 56 á 62 de la ley de Matrimonio civil, quedando subsistentes las disposiciones del derecho romano encaminadas á evitar suposiciones de parto y dudas sobre la ley de legitimidad (4).

§ 17. **Hijos naturales.**—Segun las *Decretales* (5), es hijo natural el nacido fuera de matrimonio de union no dañada, ó sea el habido de padre y madre que podian casarse en el momento de la concepcion, aunque no sean de concubina que el padre tuviese en su casa (6). Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo (7).

§ 18. **Reconocimiento por el padre.** — Puede hacerse: 1.º Espontánea y expresamente, ya en el acta de nacimiento que se extienda en el Registro civil en virtud de presentacion del hijo y declaracion de su paternidad hecha por el padre, ó por apoderado con poder especial y auténtico (8), manifestando que es hijo de los legalmente llamados naturales (9), ya en testamento ó en escritura que pueden hacer continuar en el protocolo reservado que para este solo objeto deben llevar los notarios (10): 2.º Tácitamente, por hechos que lo de-

---

(1) Sent. de 20 de Diciembre de 1873.
(2) Sent. de 29 de Octubre de 1861.
(3) Sents. de nulidad, de 26 de Junio de 1854; Tom. 63 de la Coleccion legislativa; Casacion de 28 de Junio de 1862.
(4) Dig. *De agnoscendis et alend. liber.*, XXV, 3.
(5) Caps. 4 y 6, *Qui filii sunt legitimi.* IV, 17.
(6) Concilio Trident. Ses. 24, Cap. 8 *De refor. matr.*
(7) Sents. 21 de Marzo y 22 de Diciembre de 1867.
(8) Art. 51 de la ley de Registro civil.
(9) Art. 48. N.º 7.º, de la misma ley.
(10) Art. 35 de la Ley de 28 de Mayo de 1862.

muestren y en cuya virtud el hijo, aun contra la voluntad del padre, obtendrá judicialmente la declaracion de su reconocimiento (1).

El art. 464 del Código penal impone á los reos de violacion, estupro ó rapto la precision de reconocer la prole, si la calidad de su orígen no lo impidiere; disposicion conforme al espíritu del *Usatge Si quis virginem* (2) que obligaba al desflorador á casarse con la engañada ó violada, ó á *darle marido de su valor*, es decir, á dotarla.

§ 19. Derechos y deberes de los hijos naturales.—Los hijos naturales tienen derecho á los alimentos (3). Sin permiso judicial no pueden citar á su padre á juicio (4).

§ 20. Hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos.—Respecto al padre, el derecho canónico (5) considera espúreos (es decir de padre desconocido) á los hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos. Mas este principio no es inflexible, pues veremos (6) que el padre debe alimentarlos.

SECCION 3.ª

DE LA OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS.

§ 21. Fundamento natural de esta obligacion.—Le reconocen este carácter las Leyes 5.ª proœ, § 1.°, y especialmente § 16, Dig. *De agnoscen. et alen. liber.*, XXV, 3, y las 1.ª y 4.ª Cod. *De alend. liber., ac paret.*, V, 25, (7).

§ 22. ¿Qué se comprende bajo la palabra alimentos? — Segun las disposiciones romanas, por alimentos se entiende todo lo necesario para la vida física é intelectual: alimentacion, vestidos, habitacion, cama, lo necesario para cuidar ó curar el cuerpo, y para la educacion y los estudios (8).

---

(1) Novel. 74. Cap. 1.°—Novel. 89, Caps. 12. 13.—Ley 1.ª Tit. 5.° Part IV.—Sents. del Trib. Supr. de 22 de Diciembre de 1845; 8 de Octubre de 1853; 23 de Junio y 12 de Noviembre de 1858; 11 de Abril de 1861; 28 de Enero y 13 de Junio de 1862; 16 de Abril de 1864; 24 de Febrero, 2 de Marzo, 20 de Abril, 16 de Setiembre y 9 de Octubre de 1865; 21 de Marzo de 1867; 14 de Junio de 1870; 5 de Noviembre de 1871 y 10 de Enero de 1874.

(2) 1.° del Tit. 8 (*De adulteris*, etc.) Lib. IX, Vol. 1.°

(3) Véase el §. 24.

(4) Ley 6 Dig. *De in jus vocando*, II, 4.

(5) Decretales Cap. 5. *De eo qui duxit in matri.* IV, 7. =Tambien el derecho romano.—§ 12, Inst., *De nuptiis*, 1, 10 y otras leyes.

(6) § 24.

(7) Puede verse tambien la Ley 2.ª del Tít. 19 Partida V, que es muy explícita.

(8) Leyes 43, 44 y 234, § 2, Dig. *De verb. sig.*, L, 16 —L. 45, Dig. *De usufruct.*, VII, 1.—L. 5, § 12, Dig. *De agnos. et alend. liber.*, XXV, 3.—L. 6, § 5, Dig. *De Carbon. edict.*, XXXVII, 10.—No se entiende así en los legados de alimentos (L. 6, § 5. Dig. *De aliment. legat.*, XXXIV, 1).

§ 23. Obligacion de alimentar á los descendientes legítimos.—La legislacion especial de Cataluña no se ocupa de este particular. En su defecto se han observado las disposiciones romanas, corroboradas por el derecho canónico. Dúdase si están vigentes las contenidas en la ley de Matrimonio civil (1). Más adelante expondremos las razones que existen para sostener la afirmativa (2). Sus principios, completados por las disposiciones romanas, son los siguientes:

I. La obligacion de dar alimentos es recíproca (3).

II. Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los diere y á las necesidades del que los recibiere (4), principio consagrado por el derecho romano para todos los casos de prestacion de alimentos (5).

III. La obligacion de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho á percibirlos, y no se extinguirá por la simple renuncia de ésta (6).

IV. Cesará la obligacion de dar alimentos (7): 1.° Cuando la fortuna del que estuviere obligado á darlos se hubiere reducido hasta el punto de que no pueda satisfacerlos sin desatender sus necesidades precisas y las de su familia; 2.° Cuando el que hubiere de recibirlos haya mejorado de fortuna hasta el punto de no serle necesarios para su subsistencia (8); 3.°. Cuando el mismo hubiere cometido alguna falta por la que legalmente le pueda desheredar el obligado á satisfacerlos (9); 4.° Cuando el que los hubiere de percibir fuera descendiente ó hermano del que los hubiere de satisfacer, y la necesidad de

---

(1) Partida 3.ª de la Seccion 2.ª Cap. 5.°

(2) Véase el §. 28.—La Audiencia de Barcelona aplica las disposiciones sobre alimentos de la ley de *Matrimonio civil*.

(3) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 72.—Este principio fué sancionado en el derecho romano respecto á los padres é hijos. (Ley 5. § 1. Dig. *De agnoscend. et alend. liber.*, XXV, 3).

(4) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 73.

(5) Ley 5, § 7 y 19. L. 9, 11, 13 y 17 Dig. *De agnos. et alend liber.*, XXIII, 5.—Ley 2 Cod. *De alend. liber.* V, 25.— Ley 8 § 5. Cod. *De bon quæ liber.*, VI, 61. —En cuanto á la apreciacion de estas circunstancias, véanse las Sents. del Tribunal Supremo de 22 de Marzo y 24 de Octubre de 1877.

(6) Las Leyes 8 Dig. *De transac.*, II, 15.—8 Cod. *cod.*, II, 14.—23 § 2 Dig. *De condict. indeb.* XII, 6, exigen ciertos requisitos, y entre ellos la autorizacion judicial para la validez de las transacciones sobre alimentos futuros.

(7) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 75.

(8) El Tribunal Supremo, en sent. de 25 de Febrero de 1860, atendiendo á la disposicion de la Ley 6.ª Tit. 19, Partida IV, igual á la de este número, comprendió en ella al hijo mayor de edad que tiene la robustez necesaria para el trabajo y sabe su oficio.—Véase la Ley 5, § 7, Dig. *De agnos. et alend. liber.*, XXV, 3.

(9) El § 11 de la misma ley del Digesto sólo habla del caso de acusacion capital, pero los intérpretes extendieron la disposicion legal á los demás casos de desheredacion.

aquel proviniere de mala conducta ó falta de aplicacion al trabajo, mientras que esta subsistiere.

V. Los alimentos se reducirán ó aumentarán proporcionalmente, segun las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos (1).

VI. La obligacion de satisfacer alimentos se extenderá, en defecto de ascendientes ó descendientes, ó por imposibilidad de satisfacerlos, á los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consanguíneos, por el órden con que se han mencionado (2).

VII. El alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiere satisfacer los alimentos, en el caso que éste justificase no poder cumplir de otro modo su obligacion por la escasez de su fortuna (3). El Tribunal Supremo ha declarado (4) que la obligacion de prestar alimentos ha de ser cumplida á su vencimiento en el mismo punto donde se presta dicho servicio.

Además, segun las disposiciones romanas la madre ha de alimentar á los hijos durante los tres primeros años de edad (5), debiendo combinarse esta obligacion con la del marido respecto de su esposa. Despues de dicha edad, la obligacion de alimentar á los descendientes recae en primer lugar en el padre, y subsidiariamente en la madre y en los abuelos (6).

Los herederos del hijo deben continuar los alimentos que voluntariamente daban á su padre, cuando éste se halle en completa miseria (7).

§ 24. **Obligacion de alimentar á los hijos ilegítimos.**—En este punto es ley fundamental el Cap. 5.° de las Decretales de Gregorio IX, *De eo qui duxit*, IV, 7, segun el cual los padres han de dar á sus hijos adulterinos lo necesario para la subsistencia, por cuya razon el Tribu-

---

(1) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 76.

(2) Id., Art. 77.—El derecho romano no impone tal obligacion á los hermanos. Algunos sostuvieron la afirmativa, fundándose en la Ley 13, § 2. Dig. *De admi. tut.*, XXVI, 7; Ley 4, Dig. *Ubi pup. edu. vel mor. debeat* XXVII, 2; Ley 1, § 2, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 3, y Nov. 89, Cap. 12; pero su opinion fué rechazada por la jurisprudencia de Cataluña.

(3) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 78. — El Tribunal Supremo en sents. de 5 de Febrero y 5 de Marzo de 1878 declaró que este artículo no es aplicable al caso en que la ley ordena la separacion de los esposos durante la sustanciacion de la demanda de divorcio.

(4) Competencia de 8 de Octubre de 1878.

(5) Ley 9, Cod. *De patr, potes.*, VIII, 47. — Sent. del Trib. Supr. de 12 de Febrero de 1872.

(6) Nov. 117, Cap. 7.—Ley 1 y 2. Cod. *De agnos. lib.*, V. 25.—Ley 4, 5 y 8, Dig. *Eod.* XXV, 3.— Ley 8, § 5, Cod. *De bonis quæ lib.*, VI, 61.— Sent. del Trib. Supr. de 12 de Febrero de 1860.

(7) Ley 5, § 17 Dig. *De agnos. et alend. lib.*, XXV, 3,

nal Supremo declaró (1) válido el legado del quinto dejado por el padre á un hijo de esta clase. Todos los canonistas extienden aquella disposicion á las demás clases de hijos ilegítimos.

Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Febrero de 1864 se refiere á Castilla, son aplicables á Cataluña los principios que consigna para fijar el importe de los alimentos á un hijo ilegítimo. Tal sucede tambien con las de 10 de Febrero de 1862 y de 18 de Setiembre de 1860, que tratan de la regulacion de los alimentos debidos por el heredero del padre.

El padre natural debe alimentos á su hijo en virtud de las leyes romanas (2), segun las cuales la madre, y en su defecto ó imposibilidad los abuelos maternos, deben alimentar á los espúreos (3).

§ 25. **Alimentos á la esposa, en caso de divorcio.**—Admitida la demanda de divorcio, ó ántes si la urgencia del caso lo requiere, se acordará judicialmente el señalamiento de alimentos á la mujer y á los hijos que no quedaren en poder del padre (4). Declarado el divorcio por causa de la mujer, ésta tiene derecho á los alimentos (5); la madre conservará en todo caso á su cuidado á los hijos menores de tres años, hasta que cumplan esta edad, á no ser que expresamente se haya dispuesto otra cosa en la sentencia (6); pero si el marido es culpable y rico, deberá dar de lo suyo para dichos hijos, segun dispone una ley de Partida.

Si bien la mujer culpable no tendrá en su poder los hijos mayores de tres años, y el esposo culpable no los tendrá en ningun caso, cualquiera de los cónyuges que lo sea deberá suministrar alimentos para sus hijos. (7).

§ 26. **Alimentos á la viuda.**—Véase el *Año del luto.*

§ 27. **Derecho á la repeticion de alimentos prestados.**—La mujer puede repetir sobre los bienes del marido cuanto por razon de alimentos hubiere gastado para sus hijos en el caso de haberlo verificado con protesta (8); y en general tendrá lugar el derecho de repeti-

---

(1) Sent. de 11 de Enero de 1867.

(2) Novela 89, Cap. 12, § 4.—Novela 6, Caps. 13 y 15.

(3) L. 5. § 4—Dig. *De agnos. et alend. liber.*, XXV, 3.—La Ley 5, Cod.. *Ad S. C. Orphit.*, exceptúa el caso de ser la madre ilustre, pero consideramos insostenible este privilegio.

(4) Ley de *Matrimonio civil*, art. 87.

(5) La misma ley, N.° 6.° del art. 88.

(6) Apart. 3.° del N.° 2 del mismo Art.

(7) En virtud de las disposiciones generales sobre alimentacion de los hijos, y del apart. 4.° del núm. 3 del art. 88 de la ley de *Matrimonio civil.*

(8) Ley. 5, § 14, Dig. *De agnos. et alend. lib.*, XXV, 3.

cion siempre que no se hubiesen prestado los alimentos *por oficio de piedad*, lo cual, en caso de duda, no se presume (1).

(1) Leyes 27, § 3; y 34 Dig. *De negot. gest.*, III, 5—Leyes 11, 15 y 16 Cod. *Eod.* II, 19.—Las *Partidas* contienen disposiciones análogas: la Ley 37, Tít. 12, Part. V, dice que el padrastro tiene derecho á repetir los alimentos prestados al antenado que tuviese en su casa, á ménos que lo hiciese sin protestar ó que el antenado le prestase servicios, derecho que hace extensivo á todo el que gobierne ó tiene jóvenes extraños. Por esto el Tribunal Supremo, en sent. de 27 de Enero, declaró en un recurso de casacion de Ultramar que no habiéndose probado que los alimentos se prestaron por *oficio de piedad*, puede cobrarse su importe.

TÍTULO III.

DE LA FAMILIA.

CAPÍTULO 1.°

DE LA PÁTRIA POTESTAD.

SECCION 1.ª

DE LA EXISTENCIA Y DEL EJERCICIO DE LA PÁTRIA POTESTAD.

§ 28. **¿A quién compete la pátria potestad?**—En virtud de la ley de Matrimonio civil (1), la potestad sobre los hijos corresponde al padre, y en su defecto á la madre.

Al publicarse dicha ley, algunos jurisconsultos sostuvieron que las madres ya viudas habian adquirido la potestad sobre sus hijos, y así lo consideraron algunos Juzgados y Audiencias y el Fiscal del Tribunal Supremo en una circular dirigida á los funcionarios de su Ministerio; pero esta interpretacion fué rechazada por el Tribunal Supremo (2).

La salvedad de que los efectos civiles del matrimonio establecidos en aquella ley se aplicarán sin perjuicio de las disposiciones forales (3), no comprende las referentes á la pátria potestad. La Audiencia así lo ha entendido constantemente, fundándose en la falta de disposiciones propias y peculiares de Cataluña; en que las supletorias del derecho romano concuerdan en este punto con las del castellano; y en que la pátria potestad es institucion de público interés. La consecuencia de estas premisas es la procedencia de la aplicacion á Cataluña de otras disposiciones de la ley de Matrimonio civil, y entre ellas las que se refieren á los alimentos indicados en el § 23.

§ 29. **Derechos del que ejerce la pátria potestad sobre la persona de los hijos.** — Estos derechos, que consisten en ternerlos

(1) Art. 64.
(2) Sent. de 19 de Junio de 1875.
(3) Art. 1.° de la Ley de 18 de Junio de 1870, mandando publicar la de *Matrimonio civil*

en su compañia; á representarlos en juicio, y en todos los actos que les sean provechosos (1); á corregirlos y castigarlos moderadamente y á hacerse obedecer; están consignados en los Arts. 65 (núms. 1 y 2) y 70 de la Ley de Matrimonio civil. En cuanto á la forma de imponer las correcciones, pueden verse las disposiciones romanas (2). Segun las Partidas (3), el padre puede pedir que se le restituya á su domicilio el hijo que se ausentó.

Segun el *Privilegio* concedido por D. Jaime I á la ciudad de Barcelona (4), el hombre ó mujer que ingresa en religion sin voluntad de sus padres, se considera muerto.

§ 30. Derechos del que ejerce la pátria potestad sobre los bienes de sus hijos.—Estos derechos han sido notablemente modificados por la ley de Matrimonio civil, la cual debe aplicarse en este punto por las razones dichas en el § 28. Anteriormente se conocian los cuatro peculios romanos: *castrense*, *cuasi-castrense*, *profecticio y adventicio*, ya ordinario, ya extraordinario.

Hoy el que ejerce la pátria potestad tiene derecho:

I. Á hacer suyos los bienes que los hijos adquieran con el caudal que hubiere puesto á su disposicion, para cualquier industria, comercio ó lucro (5). Este caudal constituye lo que se llamaba *peculio profecticio*, y con arreglo á las leyes romanas el hijo lo retendrá cuando se subasten todos los bienes del padre, por ser deudor del fisco (6), y cuando salga de la pátria potestad por haber sido nombrado para algun cargo del Estado (7), ó por emancipacion voluntaria, cuando el padre no se lo quite expresamente (8). En estos dos casos, nó en el primero, el hijo adquiere la plena propiedad de dicho caudal.

Los que contrataron con el hijo en el concepto de administrador del caudal que el padre le entregó, tienen accion contra éste hasta donde alcance aquel caudal, apreciado al tiempo del fallo, á ménos que haya dolo por parte del padre (9), el cual no puede alegar preferencia por sus créditos contra el hijo cuando le autorizó para comerciar (10).

---

(1) Veremos (§ 31) que es obligacion del padre.
(2) Ley 3, Cod. *De patr. pot.*, VIII, 47 y la L. únic. lod. *De enmendatione propin.*, IX, 15.
(3) Ley 10, Tit. 17, Part. IV.
(4) Tit. 6, Lib. I, Vol. 2.º de la compilacion catalana. Véase la nota 1.ª de la pág. 60.
(5) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 65, N.º 3.
(6) Ley 3, § 4. Dig. *De cap. dimi.*, IV, 4.
(7) Nov. 81, Cap. 1. § 1.
(8) Ley 31 § 2, Dig. *De donat.*, XXIX, 5.—L. 17, Cod. *De donat.*, VII, 54.
(9) §. 10 y 36 Inst. *De actio.*, IV, 6.—L. 5. prœ; L. 30. § 6 y 7; Ls. 31 y 34 Dig. *De pecul.*, XV, 1.—L. 57, Dig. *De judiciis*, V, 1.—L. 1, § 42, Dig. *Deposit. vel contra.*. XVI. 3. Ls. 1 y 2, Cod., *Quod cum eo*, IV. 26.
(10) Indúcese del § 3. Inst. *Quod cum eo*, IV, 7. —L. 11, § 7, Dig. *De tribut. actio.*, XIV, 3.— L. 5, § 15 y 16, Dig. *Quod cum eo*, XIV, 4.— Ls. 7, 8, 9, 10, 20, 21, Dig. *De in rem. verso.* XV, 3.—L. 11, Dig. *Ad S. C. Maced.*, XIV, 6.

II. Á administrar y usufructuar los bienes que los hijos adquieren por cualquier título lucrativo, ó por su trabajo ó industria (1). Se exceptúan del usufructo y administracion los adquiridos por el hijo con su trabajo ó industria, si no vive en compañía del padre, ó en su defecto de la madre (2), en cuyo cuyo caso el hijo se reputa emancipado para el usufructo y administracion de los bienes así adquiridos (3), lo cual prácticamente ya se observaba en Cataluña, como acertadamente dijo el Sr. Vives y Cebriá (4). Se exceptúan del usufructo, pero nó de la administracion, los bienes donados ó mandados al hijo para los gastos de su educacion é instrucion, ó con la condicion expresa de que los padres no hubieren de usufructuarlos, si en este caso los bienes donados no constituyen la legítima del hijo (5).

El padre, y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes del hijo tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar respecto de los mismos bienes, mientras no contrajeren segundas nupcias (6). Tambien estarán obligados á formar inventario, con intervencion del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos respecto á los cuales tuvieren solamente la administracion (7).

La Real órden de 28 de Agosto de 1876, dada en virtud de propuesta de la Direccion general de los Registros civil y de la propiedad, de acuerdo con lo informado por la Sala de gobierno del Tribunal Supremo, dispone que los notarios requeridos para autorizar algun acto ó contrato de venta, retroventa, hipoteca ó cualquiera otro por el que resulten gravados ó enagenados bienes inmuebles ó extinguidos derechos reales pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados, exijan de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspondiente autorizacion judicial, prévia justificacion de la necesidad ó utilidad, cuya autorizacion se obtendrá con arreglo á los trámites señalados en el art. 1,208 de la ley de Enjuiciamiento civil, dándose conocimiento á las personas designadas en el art. 205 de la ley hipotecaria á los efectos expresados en el art. 202 de la misma. Dispone tambien que podrán inscribirse los documentos ó escrituras otorgadas sin dicho requisito con anterioridad á la publicacion de la

---

(1) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 65, N.º 4.º—Estos bienes formaban el peculio *adventicio*.

(2) La misma ley, Art. 66.

(3) Id., Art. 67.

(4) Nota. 7.ª al Tit. 8. Lib. VII. de las *Constituciones de Cataluña*. La Novela 25 del emperador Leon estableció la emancipacion llamada *per separatam economiam*.

(5) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 68—Sin la limitacion de la legítima, este era uno de los casos de peculio *adventicio extraordinario ó pleno*.

(6) Id., Art. 69. — Véanse los Arts. 202 á 206 de la Ley *Hipotecaria* reformada, y los 142, 143 y 144 del *Reglamento* para su ejecucion.

(7) El citado Art. 69 de la ley de *Matrimonio civil*.

misma Real órden, si los interesados lo subsanaren, solicitando y obteniendo en cualquier tiempo la referida autorizacion (1).

El Tribunal Supremo no contradijo esta Real órden en la sentencia de 20 de Abril de 1878, recaida en un recurso contra un fallo de la Audiencia de Barcelona, en el cual se consignaba que las formalidades y requisitos exigidos por la Ley 22 del Cod. *De adminis. tutor vel curat.*, V. 37, en las enagenaciones de bienes raices de menores hechas por sus tutores ó curadores, no son aplicables á las que verifican los padres administradores legítimos de los hijos constituidos bajo su potestad, ni los arts. 1,401 y 1,405 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El Tribunal Supremo no dió lugar á la casacion por dichos fundamentos, por lo dispuesto en la Ley 8 del Cod., *De bonis quæ liber.*, LXI, 8, y *por haber sido efectuada la venta en* 11 *de Enero de* 1858, y *no poderse alegar en contra de ella la Real órden* de 28 de Agosto de 1876.

§ 31. Obligaciones de los padres respecto á los hijos que tienen en su potestad.—Son las siguientes:

I. La de alimentarlos, criarlos y educarlos, segun su fortuna; obligacion que existe tambien á favor de los demás descendientes cuando éstos no tuviesen padres ú otros ascendientes en grado más próximo, ó estos no pudiesen cumplir las expresadas obligaciones (2); y por consiguiente no es consecuencia directa de la pátria potestad (3).

II. La de representarlos en juicio. Segun la Ley 18, § 1, Dig. *De judiciis*, V. 1, el hijo no puede comparecer por sí en juicios civiles, y tanto si fuere actor ó demandado, debe ser representado por el padre, y hoy, en su defecto, por la madre. Si el padre, ó madre en su caso, se niega á representar á su hijo, ó estando ausente no hubiere fundada esperanza de su próxima vuelta, ó se ignorare su paradero, podrá el hijo solicitar del Juez de primera instancia habilitacion para comparecer en juicio (4); en ningun caso la necesita para litigar con su padre (5).

(1) Fúndase principalmente esta Real órden en los Arts. 65 y 66 de la Ley de *Matrimonio civil*, que solo conceden al padre el derecho de administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubiesen adquirido por cualquier título lucrativo, ó por su trabajo ó industria, y por consiguiente le niegan la facultad de enagenarlos, á no ser con autorizacion judicial; y en la Ley *Hipotecaria*, que en el art. 202 concede al hijo el derecho de que se inscriban á su favor los inmuebles que formen parte de su peculio, y á que el padre le asegure si pudiere con hipoteca especial los bienes que no sean raices, declarando en el Art. 68 que por efecto de restitucion *in integrum* no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que hubiere inscrito su derecho.

(2) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 63.

(3) Véase el § 23.

(4) Ley de *Enjuiciamiento civil*, Arts. 1 351 y sigs.

(5) Id., Art. 1,356.

§ 32. Nulidad de las donaciones, y renuncias hechas por el menor de veinte años á favor de la persona bajo cuya potestad estuviere.—La Constitucion 2.ª (1) del Tit. 4 (*De tudors y curadors é de lur administració*). Lib. V. Vol. 1.°, declara nula *ipso jure* la donacion ó renuncia de algunos bienes ó derechos (2) hecha por el menor de 20 años á favor de la persona bajo cuya potestad estuviere, ó á otra por ella, y la escritura en que se hiciere constar, excepto cuando se hiciese y firmase con voluntad y consentimiento de los tres parientes más cercanos de parte de padre y de madre, si pudieren ser habidos, y de lo contrario de tres parientes de padre ó de madre solamente, del modo que puedan ser habidos; y en falta de ellos, de los tres amigos más allegados (3), interponiendo el Juez su autoridad y jurando el donador ó renunciante que las personas suministradas son las más próximas y amigas.

SECCION 2.ª

DE LA ADQUISICION DE LA PÁTRIA POTESTAD.

§ 33. Modos de adquirirse la pátria potestad.—Son tres: el nacimiento de hijos habidos en legítimo matrimonio (4), la legitimacion y la adopcion.

Del matrimonio, causa remota de constituirse la pátria potestad y del nacimiento de hijos legítimos, nos ocuparemos en el capítulo 3.° de este título.

§ 34. De la legitimacion.—Sólo pueden legitimarse los hijos naturales (§ 17) (5); pero segun las Reales Cédulas de 6 de Julio de 1803 y de 11 de Enero de 1837 (6), los hijos de parientes se legitiman por el subsiguiente matrimonio de sus padres, celebrado con dispensas.

Por el *subsiguiente matrimonio* de los padres se legitiman los hijos naturales (7) concebidos cuando entre los padres no mediaba impedimento dirimente, sin necesidad de redaccion de escritura nupcial

---

(1) Pedro III, en las Córtes de Perpiñan, año 1351, Cap. 17.

(2) *Donatió ó remissió ó absolutió de alguns bens ó drets seus.*

(3) ¿Del padre? La contestacion afirmativa es la ménos absurda.

(4) Ley de *Matrimonio civil*, Art. 64.

(5) Decretales, Cap. 6.° *Qui filii sunt legitimi.*, IV, 17. Leyes 5, 6, 7 y 11 Cod. *De natur. liber.*, V, 27.—Novel. 12, cap. 4.°—Novel. 18, cap. 11.—Novel. 19.—Novel. 74, cap. 1.°—Novel. 78, cap. 4.°—Novel. 89, capítulos 8 y 11.

(6) Las sents. del Trib. Sup. de 20 de junio y 11 de diciembre de 1865 declararon aplicables dichas Cédulas á Castilla, donde se ofrecian mayores dudas que en Cataluña.

(7) Ténganse presentes las Reales Cédulas poco há mencionadas.

ni de que la madre fuese concubina que viviese con el padre, cuyas circunstancias exigía el derecho romano (1).

La legitimacion por *autoridad del soberano* (2), es hoy una de las gracias llamadas *al sacar*, concediéndose mediante la formacion de expediente, en que, con audiencia de todos los interesados en la legitimacion, se hagan constar los motivos justos y razonables que haya para concederla (3). Los padres deben solicitar esta legitimacion; el hijo puede hacerlo cuando aquel hubiere fallecido, instituyéndole heredero y manifestando en testamento el deseo de legitimarlo (4).

La legitimacion produce siempre completo efecto en cuanto á la consideracion del que la recibe. Al hablar de las sucesiones, trataremos del efecto en cuanto á los bienes.

§ 35. De la adopcion.—Se rige por las leyes romanas (5). Para las adopciones de expósitos, debe estarse á lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley de Beneficencia de 1822, y en el 22 del Reglamento de 14 de mayo de 1852.

SECCION 3.ª

DE LA EXTINCION Y SUSPENSION DE LA PÁTRIA POTESTAD.

§ 36. Disposiciones vigentes.—El Art. 71 de la ley de *Matrimonio civil* dice que la potestad del padre ó madre y los derechos que la constituyen se suspenderán y extinguirán en los casos determinados por las leyes, con lo cual habria quedado intacta la legislacion vigente en Cataluña al publicarse aquella ley, si el apartado 2.º del Art. 64 no reputase emancipado de derecho al hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad, disposicion que es aplicable en Cataluña por lo expuesto en el § 28.

La Constitucion única (6) del Tit. 8.º *(De emancipations de fills)*, Lib. VII,

---

(1) Decretales, Cap. 6.º *Qui filii sunt legitimi*, IV, 17 Concilio de Trento, *Ses.* 24, Cap. 1.º —Cuando se contraiga matrimonio civil, en el asiento de su registro deben expresarse los nombres de los hijos naturales que por el matrimonio se legitiman y que los contrayentes hayan manifestado haber tenido.

(2) Ley de 14 de Abril de 1838, Arts. 1 y 2, y R. O. de 19 de Abril de 1838.

(3) La R. O. de 1838 fija la tramitacion.—Véase tambien el Título 4.º de la 2.ª parte de la Ley de *Enjuiciamiento civil.*

(4) Novel. 74, Cap. 2, § 1.—Novel. 89, Cap. 10.

(5) Don José Antonio Elias en la obra *Derecho civil general y foral de España*, (Tomo I, Pág. 76), con motivo sospecha que la Ley de *Matrimonio civil* al conceder la potestad á las mujeres ha derogado las restricciones del derecho romano sobre la adopcion que podian hacer, fundadas en que las mujeres no tenian potestad sobre sus hijos.

(6) Pedro III, en las Córtes de Perpiñan año 1351; Cap. 16.

Vol. 1.° declara emancipado al hijo que se casa con licencia de *su padre ó de las otras personas en cuya potestad se halle* (1), aunque continúe viviendo en la habitacion de la persona en cuya potestad estuviere al casarse, y aunque el matrimonio no se consumase carnalmente.

El consentimiento posterior al matrimonio tambien produce la emancipacion. Tal es la práctica adverada por Vives (2), y antiguamente por Mières (3) que sostuvo teóricamente lo contrario.

La ciencia y paciencia se equiparaban al consentimiento. Mas hoy será indispensable que conste el consentimiento ó consejo de los padres, del modo que dispone la ley de 20 de Junio de 1862.

La emancipacion en virtud del matrimonio, no cesa por la viudez (4) ni por ingratitud (5), y produce un efecto más completo que las otras emancipaciones, pues al casado no le comprende la prohibicion de verificar contratos, establecida en la constitucion 1.ª del Tit. 11. Lib. II, Vol. 2.°, de que nos ocuparemos al tratar de la capacidad para contratar.

Los autores sostienen (6) que, á pesar del silencio de la ley, al emanciparse el hijo por el matrimonio adqueria el usufructo que de los bienes del peculio adventicio gozaba el padre, y por consiguiente hoy de los referidos en el N.° 4 del Art. 65 de la Ley de Matrimonio civil (7).

Segun el Art. 43 del Código penal, se pierde la pátria potestad por la interdiccion civil perpétua. Los hijos del penado, menores de edad, quedan sometidos al poder de la madre; y si no la tuvieren, á la autoridad de tutor ó curador (8). Por la interdiccion civil temporal, el penado queda privado temporalmente de la pátria potestad (9).

No hay disposiciones que explícitamente declaren terminada la pátria potestad en virtud de la profesion religiosa; pero es doctrina establecida por todos los tratadistas de derecho canónico, pues la obediencia debida por el voto solemne es incompatible con la sujecion á la voluntad de los padres. Las Leyes de Partida (10) reconocen el carácter absoluto de dicha obediencia.

La doctrina de la emancipacion del hijo por su ingreso en religion, se armoniza perfectamente con el privilegio de la ciudad de Barcelo-

(1) Y por consiguiente, en su caso, hoy de la madre.
(2) Nota 3.ª al Tít. 8 del Lib. VIII. Vol. 1.°
(3) *Apparatus super Const. Curiæ*; Cola. 6, Cap. 13. N. 26.
(4) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª Cap. 10. N.° 3.—Tristany. Decis. 5.ª N.° 8.
(5) Cancer. Eod. loc. N.° 4.
(6) Cancer. *Var. resol.* Part. 1.ª Cap. 10. N.° 7.—Tristany, Decis. 5.ª N. 7.—Vives Nota 5.ª al Tít. 8.° del Lib. VIII, Vol. 1.°
(7) Véase el § 30.
(8) Ley de 24 de Mayo de 1870; Art. 4.°, Regla 8.ª
(9) Código penal, Art. 43.
(10) 1.ª y 2.ª del Tit. 7.°, Partida I.

na (1), único del Tit. 6.° (*Dels que entran en religió sens la voluntat de sos pares*), Lib. I, Vol. 2.°

Para lo demás se acudirá á la legislacion romana modificada, en cuanto á la emancipacion voluntaria, por la ley de *gracias al sacar* de 11 de Abril de 1838, y la R. O. de 19 de los mismos mes y año, y por las disposiciones de la ley de Matrimonio civil en cuanto á los peculios profecticio y adventicio, referidas en el § 30. El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Agosto de 1853, decidiendo una competencia, declaró que con arreglo al derecho vigente en Cataluña como en Castilla, la pátria potestad no termina ni se extingue por el solo servicio militar del hijo: sólo hay suspension de los efectos personales, que cesará al recibir el hijo la licencia.

CAPÍTULO 2.°

DE LA TUTELA Y CURADURÍA.

§ 37. **Legislacion vigente.** — En las *Constituciones de Cataluña* solo existe el título de *Tudors y Curadors y de lur administratió* (1), que contiene un usatge sin aplicacion, una constitucion referente á la tutela testamentaria, y otra á las donaciones que el pupilo haga á su tutor. En lo demás, se observa el derecho romano, en parte modificado por las leyes de Enjuiciamiento y de Matrimonio civil. Ésta, dando potestad á las viudas, ha limitado los casos de procedencia de nombramiento de tutor ó curador (2), y ha dado más fuerza á los nombramientos hechos por la madre.

---

(1) Jaime I, en el privilegio concedido á la ciudad de Barcelona en 1269, Cap. 2.° —*Damus et concedimus vobis et vestris in perpetuum, ac etiam statuimus, quod si aliquis homo vel fœmina ordinem sine voluntate parentum, patre suo vivente intraverit, ex tunc ut mortus judicetur, sic quod ordo quem intrabit non possit aliquid pro legitima vel hæreditate ipsius petere, nec habere: et si aliquis forte vel aliqua mortui patre et matre suis, aliqua fecerit de prædictis, bona ejusdem libere revertantur illis quibus vinculata fuerint, vel proximioribus ejusdem.* —Sobre la inteligencia de este privilegio, véase la extensa nota que hay en la obra del Sr. Vives y Cebriá.

(1) Tít. 4.°, Lib. V. Vol. 1.°

(2) El Tribunal Supremo, en sent. de 16 de Julio de 1876, declaró que cualquiera que sea la incompatibilidad que exista entre los derechos de pátria potestad que la ley concede á la madre y los de tutor testamentario nombrado por el padre, no puede dejarse sin efecto el discernimiento, sin haber precedido el juicio ordinario que para ello exige el Art. 1,276 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el cual se infringe, como tambien la doctrina legal, verificándolo en expediente de jurisdiccion voluntaria.

SECCION 1.ª

DE LA TUTELA.

§ 38. **Clases de tutela.**—Conforme con lo establecido por el derecho romano, se conocen la tutela *testamentaria*, la *legítima* y la *dativa*.

§ 39. **Tutela testamentaria.** —Existe la constitucion 1.ª (1) del mencionado título de *Tudors*, etc., la cual, *quitada la solemnidad establecida por el derecho romano*, ordena que *sea tutor el dado* por el padre, al hijo ó hija, *en testamento, codicilo ó cualquier otra última voluntad.*

Dispone tambien que el tutor así nombrado «no necesita confirma»cion, ni decreto del juez, ni otra solemnidad más que el juramento »para apoderarse de los bienes del pupilo, tomar inventario y practi»car lo demás que esa procedente;» pero la ley de Enjuiciamiento civil exige siempre el discernimiento del cargo por el Juez (2).

Segun esta ley (3), pueden nombrar tutor el padre, y en su defecto la madre, aunque no instituyan heredero al hijo, estando facultados para relevar al nombrado de la prestacion de fianzas. Cualquier otra persona puede nombrar tutor para el impúber á quien instituya ó deje manda de importancia; pero el Juez podrá exigir fianzas al nombrado, aunque haya sido relevado de ellas (4).

En todo lo demás, rigen las disposiciones romanas.

§ 40. **Tutela legítima** —Las disposiciones del derecho romano se completan con las de la ley de Enjuiciamento civil. El Juez designará el pariente á quien corresponda segun la ley (5), y si el pariente más inmediato, ó cualquier otro de los que le sigan en órden no reune las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, puede conferirla á otra persona que merezca su confianza (6). Aceptado el cargo por el designado, y habiendo prestado las fianzas, se hará el discernimiento (7).

§ 41. **Tutela dativa.** —La ley de Enjuiciamiento civil previene que el Juez, haciendo constar debidamente la falta de pariente á quien designar, elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo (8).

---

(1) Pedro III en las Córles de Perpiñan, año 1351, Cap. 9.º
(2) Arts. 1219, 1221, 1228, 1231, 1249 y 1259.
(3) Arts. 1219 y 1221.—Con razon se ha criticado que la Ley de *Enjuiciamiento* invadiese el terreno de la legislacion civil sustantiva.
(4) Arts. 1222 y 1223.
(5) Art. 1226.
(6) Art. 1229.
(7) Art. 1227.
(8) Art. 1228.

SECCION 2.ª

DE LA CURADURÍA.

§ 42. **Curaduría de los menores.** — La Ley de Enjuiciamiento civil ha sustituido al derecho romano en cuanto á la procedencia y forma del nombramiento de curador para los menores, los cuales siempre han de recibir curador (1).

El padre puede nombrar curador para sus hijos; y en la forma que haya prevenido, es decir, con ó sin prestacion de fianzas, se discernirá el cargo al nombrado (2). La madre (3) y la persona que instituye heredero al menor ó le deje manda de importancia, pueden tambien nombrarle curador y relevar á éste de fianzas: sin embargo, el Juez podrá exigirlas cuando á su juicio la persona nombrada no ofrezca las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal del menor (4). Éste puede oponerse al nombramiento de curador hecho por la madre (5) ó persona extraña, y si el Juez creyere fundada la oposicion, podrá negar al nombrado el discernimiento del cargo (6).

No habiendo curador nombrado por las personas dichas, se hará el nombramiento por el mismo menor ante el Juez, por comparecencia que suscribirá. Si la persona nombrada no reune las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, el Juez podrá negarle el discernimiento y exigir al menor que nombre otro en su lugar (7). Concluida la tutela, debe el tutor instar al pupilo ó á sus parientes para que pidan curador (8).

Segun las disposiciones romanas no derogadas en este punto, se puede nombrar curador para un impúber que tenga tutor: 1.° cuando entre ambos se ha de celebrar un acto jurídico, y especialmente si han de pleitear, ó en un litigio tienen intereses opuestos (9); pero es indis-

---

(1) Segun el derecho romano, vigente en Cataluña al publicarse la ley de *Enjuiciamento civil*, los menores necesitaban curador para recibir las cuentas del tutor, para accionar, darse en arrogacion, recibir ó hacer un pago, enagenar, ceder una herencia y constituir una dote. — Siempre lo designaban ellos mismos.

(2) Ley de *Enjuiciamiento civil*, Arts. 1231 y 1232.

(3) Hoy, en virtud de la potestad que le atribuye la Ley de *Matrimonio civil* puede nombrar curador como el padre.

(4) Arts. 1233, 1234 y 1235.

(5) Véase el fin del § 37.

(6) Art. 1236, apart. 1.° — En el apartado 2.° expresa lo que debe practicarse en el caso de empeñarse cuestion sobre estos particulares.

(7) Arts. 1237. 1238 y 1239.

(8) Cancer, *Var. resol*,. Part. 1.ª, Cap. 7.°, Núms. 24 y 25.

(9) § 3.° Inst. *De auclo. tutor.* I, 21.— Ley 3. § 2: Ley 5. Dig. *De tutela*, XXVI, 1,. — 2.° Novel. 12, Cap. 2.° — Véanse tambien, la Ley 1, § 13. Dig. *Ad. S. C. Trebell.*, XXXVI, 1. — Ley 34, § 7, Dig. *De contrahen. emptio.*, XVIII, 1.

pensable que no haya otros tutores que puedan interponer su autoridad ó representarlos (1). El curador limita sus funciones al objeto determinado que ha promovido su nombramiento. Tal sucede respecto al curador para pleitos ó *ad litem* (2), cuyo nombramiento se hará con arreglo á las disposiciones de los artículos 1253 á 1260 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que cortaron muchos abusos: 2.° cuando algunos bienes situados á larga distancia necesitan una administracion muy celosa (3): 3.° cuando el tutor no puede ejercer desde luego ó continuar el desempeño de su cargo (4); cuando se le suspende de él (5); cuando lo deja para ausentarse en servicio del Estado (6); mientras no se haga un nombramiento definitivo; y cuando el tutor presenta una excusa ó se le formula la acusacion de sospechoso, interin por el tribunal no se decide (7), pues, como se ha indicado, el curador especial cesa en sus funciones en cuanto desaparece la causa por la cual se le nombró (8).

Está pendiente una importantísima cuestion. ¿El casamiento del menor le libra de la curatela, como le libra de la pátria potestad? Los tratadistas catalanes (9) sostienen la negativa, y el Sr. Vives y Cebriá (10) dice que *así se observa*. Mas la publicacion de la ley de Matrimonio civil, que concede al marido mayor de 18 años ¡la administracion de sus bienes y de los de su mujer (11), y las sentencias de la Audiencia de Barcelona que, para los efectos de dicha ley, no han considerado derecho foral al romano (12), son razones poderosas para opinar que ha sido destruida la antigua jurisprudencia catalana.

---

(1) Ley 24, Dig. *De testa. tute.*, XXVI, 2.—Ley 5, proe. y § 2: Ley 7, Dig. *De aucto. tutor.*, XXVI. 8.

(2) Cod. *De in litem dando tutore vel curatore*, V, 44.

(3) Ley 10, § 4. Ley 19. Ley 21, §§ 2, 3 y 4, Dig. *De excusatio.* XXVII, 1,—Ley 11, Cod. *De excusatio*, V, 62.—Ley 3, Cod. *In quibus casibus tuto. vel cura. haben. tuto. vel cura. dare potest*, V, 36.

(4) Ley 13, proe. Dig. *De tutelis*, XXVI, 1.

(5) Ley 10, §§ 7 y 8 y Ley 12, Díg. *De excusatio.*, XXVII, 1.

(6) Ley 15. Dig. *De tutor. vel curat. datis*, XXVI 5.

(7) Ley 17, § 1, Dig. *De apellatio et relatio.*, XLIX, 1.— Dedúcese de la Ley 7, Cod. *De suspectus tutor.*, V, 43; de la 14, § 1.° in fin Dig. *De solutio.*, XLV, 3; y del § 7 Just. *De suspectis tutor.*, I, 26.

(8) Por ejemplo en los casos de los textos siguientes: § 1 Inst. *De aucto. tutor.*, I, 21.—Ley 10, § 8, Dig. *De excusatio.*, XXVII, 1. etc.

(9) Peguera, *Decis.*, Cap. 134, Núm. 5. Tristany, *Senatus Cathal. Decisiones*; Decis. 5. N. 6.

(10) Nota 2.ª al Tit. 8 del Lib. VIII, Vol. 1.°

(11) Arts. 45 y 46.—El menor de 18 años no podrá ejercer estos derechos sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, de su madre; y á falta de ambos, sin la competente autorizacion judicial, que *se le concederá en la forma y casos prescritos* en la ley de *Enjuiciamiento civil.*

(12) Véase el § 28.

§ 43. **Curaduría ejemplar.**—Procede el nombramiento de curador ejemplar en los casos previstos por el derecho romano, que regula tambien sus efectos.

La ley de Enjuiciamiento civil (1), pre viene quién debe hacer el nombramiento, en qué personas ha de recaer y la forma de practicarlo.

SECCION 3.ª

COSAS COMUNES Á LA TUTELA Y Á LA CURADURÍA.

§ 44. **Fianza de los tutores y curadores para los bienes, y discernimiento del cargo de tutor ó curador.**—Se observan las disposiciones contenidas en los arts. 1,261 á 1,270 de la ley de Enjuiciamiento civil, los 214, 215 y 216 de la Hipotecaria, y los 146 á 153 del Reglamento general para su ejecucion (2).

§ 45. **Excusas, incapacidades y remocion de los tutores y curadores.**—Se observa el derecho romano.—El art. 1,276 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone que los tutores y curadores, ya sean para los bienes, ya para pleitos, no pueden ser removidos por un acto de jurisdiccion voluntaria, áun cuando sea á solicitud de los menores; y que para decretar su separacion, despues de discernido el cargo, es indispensable oirlos y vencerlos en juicio. Este precepto no se aparta de las leyes romanas, segun las cuales el Juez puede proceder de oficio, incoando un procedimiento en el cual deba formar parte el tutor ó curador (3), facultad no negada á los jueces por el Tribunal Supremo al declarar (4) que no se infringe el art. 1,276 de la ley de Enjuiciamiento cuando el curador de un menor es removido, no por un acto de jurisdiccion voluntaria, sino despues de haberlo oido y vencido en juicio.

§ 46. **Obligaciones de los tutores y curadores, y de su administracion.**—La citada Constitucion 1.ª del Tit. de *Tudors*, etc. dispone que el tutor nombrado por el padre preste juramento de *procurar las cosas provechosas al pupilo y evitar las inútiles*, ántes de tomar inventario ó de hacer acto alguno de administracion. Esta pre-

---

(1) Arts. 1,243 á 1,252.

(2) El Art. 145 del *Reglamento* reformado, previene que no tengan aplicacion los Arts. 207 á 213 inclusive de la Ley, referentes á la madre viuda que contrae segundas nupcias, como derogados por las prescripciones de la Parte 2.ª, Seccion 2.ª del Cap. 5.º de la Ley de *Matrimonio civil*.

(3) Ley 3, § 4, Dig. *De suspect. tutor. vel curat.*, XXVI, 10.—Inst. *De suspect. tutor. vel curat.*, I, 26.

(4) Sent. de 12 de Junio de 1862.

vencion y las del derecho romano fueron sustituidas por la del artículo 1,269 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuya virtud todos los tutores y curadores deben otorgar en el mismo expediente de discernimiento la oportuna obligacion de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, bajo la responsabilidad que las leyes imponen.

A mas de la prestacion de la fianza (1), deben cumplirse las disposiciones de los arts. 1,261, 1,262 y 1,263 de la misma Ley de Enjuiciamiento, sobre la declaracion de fruto por pension en su caso, y de señalamiento de un tanto por ciento para la administracion, que como siempre (2) se hará en vista de la entidad de los bienes y de la complicacion de los negocios.

El inventario se formaliza notarialmente, sin que sea necesaria la asistencia de otras personas que los testigos. Se detallarán los bienes con expresion de sus cualidades, para que en caso necesario pueda conocerse el valor de cualquiera de ellos, debiendo precisarse el de las alhajas y otros muebles importantes (3).

En todo lo no expresado, se observan las disposiciones romanas.

§ 47. De la intervencion del tutor ó curador en los actos del pupilo ó menor.—Se practica con arreglo á las disposiciones romanas.

El usatge *Tutores* del Tit. de *Tudors* etc. (4), carece de aplicacion, ya por referirse á cosas feudales, ya porque la interpretacion extensiva que se le habia dado, y en cuya virtud los nobles se reputaban impúberes hasta los veinte años y mayores desde esta edad en todo lo que les era favorable (5), es contraria al principio de igualdad ante la ley establecido en las modernas Constituciones de la Monarquía.

§ 48. Prohibiciones para asegurar los bienes del pupilo, menor é incapacitado.—Existen las del derecho romano, y la contenida en la constitucion 2.ª del Tit. de *Tudors* etc. (6) al declarar la nulidad de las donaciones y renuncias hechas á favor del tutor ó curador, tal como respecto á los padres se expuso en el § 32.

---

(1) Véase el § 44.

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 7, N. 48, y Part. 3.ª, Cap. 2, N. 66.—Cortiada, *Decis.* 517, Ns. 39 á 47.—Dou, *Derecho público*, Tomo 3.º, Pag. 232. Sobre los efectos de la dispensa de inventario hecha por el testador, puede verse lo dicho por Cancer en la citada obra, Part. 1.ª, Cap. 7 N. 85.

(3) Cancer, *Var. resol.* Part. 3.ª Cap. 2.º, Ns. 33 á 71. Dou, *Derecho público*, Tomo 3.º Página 229.

(4) Véasé el § 39.

(5) Fontanella, *De pactis. nup.*, Claus. IX, Glos. única, Part. 2, N. 23.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª Cap. 7, N.º 1.—Vives Nota 1.ª á dicho Título.

(6) El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de Octubre de 1857, aplicó la prohibicion de esta ley, al caso de una donacion otorgada por un menor de diez y seis años á favor de la esposa del curador.

CAPÍTULO 3.°

DEL MATRIMONIO.

SECCION PRELIMINAR.

OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN ESTA INSTITUCION.

§ 49. Hasta la publicacion de la ley de Matrimonio civil, el matrimonio era un Sacramento. En Cataluña las disposiciones canónicas eran completadas por las romanas y por las generales del reino. Entre las últimas, las referentes al consentimiento que ciertas personas han de prestar al matrimonio (1) y á la celebracion de los ilegales (2) introdujeron notables modificaciones en el derecho antiguo.

Desde 1.° de Setiembre de 1870 á 9 de Febrero de 1875 estuvo en completo vigor la ley de Matrimonio civil, con la limitacion de los efectos civiles contrarios á las disposiciones forales (3). En la segunda fecha el Ministerio-Regencia expidió un Decreto reconociendo efectos civiles al matrimonio canónico que se inscribiere en el Registro civil, y en cuya virtud sólo pueden contraer matrimonio civil los que profesen ostensiblemente una religion distinta de la católica (4).

SECCION 1.ª

DE LOS ESPONSALES.

§ 50. **Efectos que actualmente producen los esponsales.** —La ley de Matrimonio civil (5) quitó los efectos de obligacion civil á la promesa de futuro matrimonio, cualesquiera que fuesen la forma y so-

---

(1) Ley de Disenso de 20 de Junio de 1862.— R. D. de 28 de Setiembre de 1863.— Disposiciones referentes al matrimonio de grandes, títulos y militares. — Id. al de los presidiarios.

(2) Código penal, Lib. II, Título 11, Cap. 2.°

(3) Art. 1.° de la Ley de 18 de Junio de 1870, que mandó publicar la de *Matrimonio civil*.—Véase lo dicho en el § 28.

(4) R. O. de 27 de Febrero de 1875.

(5) Art. 3.°

lemnidades con que se otorgaren, y á las cláusulas penales y cualesquiera otras que en ella se estipularen. Pero el Decreto de 9 de Febrero de 1875 (1) dejó sin efecto dicha ley (2) para los que contrajeren matrimonio canónico, mandando que se rigiesen por los cánones y las leyes civiles vigentes al publicarse dicha ley. Desde entonces los esponsales celebrados en conformidad á la ley 18, Tít. 2, Lib. X de la Nov. Recop., tienen fuerza civil cuando se proyecta celebrar canónicamente el matrimonio. Pocas veces se contraen.

La constitucion 1.ª (3) del Tít. 1.º (*De sposalles y matrimonis*) Lib. V, Vol. 1.º, disponia que podia exigirse la pena pactada en los esponsales; y si bien Óliba (4) sostenia que debia cumplirse, Cancer (5) era de opinion contraria, y Fontanella (6) y Molino (7) aseguran que ya en su tiempo no se hacia efectiva por considerarla contraria á la libertad del matrimonio.

En cuanto á los efectos de la disolucion de los esponsales cuando se hubieren entregado regalos nupciales, etc., véanse las secciones donde se trata de estas donaciones.

SECCION 2.ª

DEL CONSENTIMIENTO PATERNO.

§ 51. Por su falta se pierden los derechos sucesorios?—El Código penal (8) y la Ley de Disenso paterno de 20 de Junio de 1862 (9) han derogado las constituciones 2.ª, 3.ª y 4.ª (10) del Tít. 1.º (*De sposalles y matrimonis*), Lib. V, Vol. 1.º, que privaba de las sucesiones paterna y materna á la hija que se casaba *sin expreso consentimiento de padre*, *de madre ó de tutores ó próximos parientes*, y que para Barcelona fué extendido á los hijos por D. Jaime I (11).

(1) Art. 5.º
(2) Excepto el Cap. 5.º
(3) Jaime I en Barcelona; año 1218, Cap. único.
(4) *De jure fisci*, Cap, 7, N.º 38.
(5) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 11, Ns. 158 á 163.
(6) *De pact. nup.*, Claus. XII, Glos. única, Ns. 13 y 14.
(7) *De rit. nup. et pact. in mat.*, Lib. 2, Difer. 7.ª, N.º 40.
(8) Art. 339 del Cod. de 1852.—Art. 489 del de 1870.
(9) Art. 15, y su referencia al art. 483 del Cod. penal de 1850, ó sea al art. 603 del Cod. de 1870.
(10) Jaime I en Valencia; año 1219; Cap. único.—Fernando en las Córtes de Barcelona, año 1413, cap. 35—Cárlos en las terceras Córtes de Monzon, año 1537, Cap. 5.
(11) Privilegio único del Tít. 1.º (*De sposalles y matrimonis*) Lib. V, Vol. 2.º

SECCION 3.ª

CELEBRACION DEL MATRIMONIO, Y DE SU NULIDAD Y DISOLUCION.

§ 52 Debe tenerse en cuenta lo dicho en el § 49.

El Código penal ha derogado las constituciones 3.ª y 4.ª del Tit. 1.° (*De sposalles y matrimonis*) Lib. V, Vol. 1.°, en cuanto señalan penas á los que celebren matrimonios clandestinos.

CAPÍTULO 4.°

DE LOS EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO EN CUANTO Á LAS PERSONAS DE LOS CÓNYUGES Y DE SUS DESCENDIENTES.

§ 53. **Disposiciones vigentes.** — Por las razones expuestas en el apartado segundo del § 28, debe considerarse que la ley de Matrimonio civil derogó las disposiciones romanas vigentes en Cataluña al tiempo de la publicacion de aquella.

§ 54. **Efectos en cuanto á las personas de los cónyuges.** — Las disposiciones de los arts. 45, 49 y 50 de la ley de Matrimonio civil, que confieren al marido la administracion de los bienes de la mujer y prohiben á ésta celebrar contratos y adquirir por testamento ó *ab intestato* sin licencia de su marido, están limitadas por la salvedad contenida en los arts. 45 y 49 para los casos en que la esposa pueda administrar y contratar segun las leyes, debiendo entenderse por tales las vigentes en cada territorio al publicarse la de Matrimonio civil (1).

En contra de algunos fallos de la Audiencia de Barcelona (2), el Tribunal Supremo declaró (3) muy acertadamente que las leyes de Toro referentes á las facultades del esposo en los bienes de la mujer no tienen aplicacion á Cataluña, como ha declarado respecto otras leyes de Toro (4).

En el lugar oportuno examinaremos las disposiciones que prohiben á la esposa ser fiadora de su marido.

---

(1) Véase en el Capítulo de los *Parafernales;* se han conservado las disposiciones romanas vigentes en Cataluña al publicarse la Ley de *Matrimonio civil.*

(2) Aludidos por el Sr. Vives; Nota 1.ª al Tit. 11. Lib. II, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(3) Sents. de 15 de Enero de 1862 y 11 de Diciembre de 1866.

(4) Véase la página 33 de la *Introduccion histórica.*

§ 55. **Efectos en cuanto á la persona de los hijos.**— Son: 1.° La legitimidad, determinada y regulada en los arts. 56 á 62 de la ley de *Matrimonio civil* (1): 2.° La patria potestad, expuesta en el Capítulo 1.° de este Título: 3.° La obligacion de dar alimentos, explicada en los §§ 23 y 31, N.° 1.°

CAPÍTULO 5.°

DE LOS EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO EN CUANTO Á LOS BIENES.

SECCION 1.ª

DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

§ 56. **Carácter especial del sistema familar de bienes en Cataluña.**—La familia catalana tiene una organizacion especial, hija del principio de libertad en la disposicion de los bienes y en la contratacion matrimonial, y de la facultad de trasmitir la herencia por un acto entre vivos, celebrado con motivo de las bodas. Distinguidos escritores (2) han dado á conocer su carácter y sus consecuencias económicas.

§ 57. **Importancia de las capitulaciones matrimoniales.**— Las capitulaciones matrimoniales *(capitols)*, son la verdadera ley particular que fija la consideracion jurídica y el destino de los bienes en la familia. Atendiendo al matrimonio que próximamente se realizará, ó celebrado ya, establecen los derechos que los cónyuges tendrán en los bienes que aportan al matrimonio, bien por ser suyos de antemano, bien por donárselos sus padres; y establecen un órden de sucesion de tal modo, que en virtud de dicho contrato la herencia de los padres se transfiere á los hijos y nietos en las diversas eventualidades previstas con suma proligidad.

§ 58. **No son indispensables.**— Sin embargo las capitulaciones no son indispensables, y actualmente se prescinde de ellas en muchos matrimonios celebrados entre personas que no tienen ó esperan tener un patrimonio heredado.

---

(1) Véanse los §§ 28 á 36.

(2) D. Joaquin Cadafalch y Buguñá: Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias morales y políticas, Madrid, 1862.—D. Segismundo Moret y D. Luis Silvela: *La Familia Foral* y *La Familia Castellana*: Memoria premiada, Madrid, 1863.—D. José Coroleu y D. José Pella: *Los Fueros de Cataluña.*—Apéndice de D. Joaquin Sitjar. —Barcelona, 1878.

§ 59. **Son irrevocables.**—Las capitulaciones matrimoniales son irrevocables (1), estipulándose casi siempre la nulidad de cuanto en lo sucesivo se disponga en contra de alguno de los pactos en ellas contenidos (2). Sin embargo, por pacto expreso los otorgantes pueden reservarse el derecho de modificar sus cláusulas (3).

Las capitulaciones serán válidas, aunque lesionen el derecho de los hijos (4); pero éstos podrán pedir el suplemento de legítima del modo que se explicará al tratar de ésta y de la dote.

SECCION 2.ª

DONACIONES HECHAS POR CAUSA DE MATRIMONIO, CONSIDERADAS EN GENERAL.

§ 60. **Sancion de estas donaciones.**— De las donaciones por causa de matrimonio, unas están reconocidas expresamente y reguladas por la ley; tales son las de una cantidad ó de otros bienes, hecha á la hija para que la aporte en dote, ó al hijo á quien no se nombra heredero (5), y que casándose con una heredera (6) se la constituirá en *axobar*. Siendo frecuente que el hijo al desposarse carezca de bienes propios, sus padres autorizan la constitucion del esponsalicio ó *escreix* á favor de la desposada con él.

Otras están reconocidas por la ley, pero su verdadera naturaleza y su desenvolvimiento deben buscarse en la costumbre y en la antigua jurisprudencia de Cataluña. Entre ellas son muy frecuentes los heredamientos *(heredaments)* á favor del hijo ó hija que se elige para sucesor, y que recibe el nombre de *hereu*.

§ 61. **Las donaciones por causa de matrimonio están dispensadas de insinuacion.** — De acuerdo con el derecho romano, la constitucion 1.ª (7) del Tit. 9 *(De donations)*, Lib. VIII, Vol. 1.º, que hace obligatorio el requisito de la insinuacion de las donaciones, ex-

---

(1) Este principio inconcuso de la jurisprudencia catalana, ha sido explícitamente reconocido por el Tribunal Supremo en las sents. de 28 de Abril de 1858, 23 de Marzo de 1861 y 27 de Marzo 1865.

(2) Declaran esta nulidad las sents. del T. S. de 7 de Febrero y 30 de Setiembre de 1870.

(3) Pocas veces se continúa este pacto.

(4) El Tribunal Supremo en sent. de 30 de Enero de 1864 declaró que la opinion contraria no formaba jurisprudencia de la audiencia de Barcelona (*antigua de Cataluña, sin duda*).

(5) *Fill extern*, es decir, hijo de fuera de la casa, pues el heredero comunmente vivia y vive en las comarcas rurales en compañía de sus padres.

(6) *Pobilla.*

(7) Fernando II en las terceras Córtes de Barcelona, Año 1503, Cap. 41.

ceptúa las otorgadas por contemplacion de matrimonio, continuadas en capitulaciones matrimoniales. Fontanella dice (1) que la ley solo habló como ejemplo de la otorgacion que se hiciese en capitulaciones matrimoniales, por ser el caso más frecuente, y para significar que la excepcion no comprendia las donaciones hechas á favor del matrimonio en general; y por consiguiente que para estar dispensada de insinuacion, bastará que la donacion sea hecha por causa de cierto y determinado matrimonio. Aceptamos la opinion de Fontanella.

§ 62. **Han de ser otorgadas por favor á determinado matrimonio.**— Para que una donacion sea considerada por causa de matrimonio es necesario que esta causa sea final, es decir, que la donacion se otorgue por favor á cierto matrimonio, en cuyo caso se considera que forma parte del contrato matrimonial, siendo en utilidad del novio, de la novia y de los padres, porque una parte hace donaciones en consideracion á las otorgadas por la otra (2). Por esto la ley que prohibe la retrocesion de lo así donado, usa la frase de *Donaciones hechas al tiempo de la boda* (*en temps de noces*) (3).

§ 63. **Son irrevocables.**— Por el solo hecho de otorgarse en capitulaciones matrimoniales (4), las donaciones por causa de matrimonio son irrevocables como lo es el matrimonio por cuya razon se otorgan. Además, toda donacion entre vivos perfectamente válida es irrevocable; y en cuanto al punto concreto de que nos ocupamos, declaró el Tribunal Supremo que no podia ser destruida ni modificada por un acto de última voluntad (5).

Además la constitucion única (6) del Tít. 2.º *(De promesa de dot y donatió per noces)*, Lib. V, Vol. 1.º, para evitar (dice) los fraudes que se cometian haciendo los padres, ú otras personas allegadas, heredamientos

---

(1) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 1, Ns. 21 y 22; y Glos. 29, Ns. 1 y 5.—Véase tambien á Cancer (*Var. resol.*, Part. 1.ª Cap. 8.º, N. 3; y Part. 3.ª Cap. 3º. N. 418).

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 8 N.º 61. —Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 1.ª, Ns. 17 á 80, y Glos. 9.ª part. 1.ª, N.º 31, citando un fallo de 1604 —Montaner. Decis. 10, N.º 14.

(3) *Constitucion única.* Tít. 2.º Lib. V, Vol. 1.º Véase el § siguiente.

(4) § 59.

(5) Sents. de 19 de Abril y de 27 de Marzo de 1865. Véase tambien la de 16 de Diciembre de 1867.—Fontanella dice que las donaciones por causa de matrimonio son tambien irrevocables por mediar el interés de terceras personas, tales como el otro contrayente, sus padres y los hijos aun que no hayan nacido, por cuya razon en Castilla la *mejora*, que en general es revocable, no lo es cuando se hace por causa de determinado matrimonio. (Fontanella, *De pactis nup* Claus. IV, Glos. 1.ª, Ns. 22 y 23; la misma Claus. Glos. 9.ª, Part 1.ª, N.º 34.

(6) Pedro III en las Córtes de Perpiñan, Año 1351, Cap. 26.

ú otras donaciones cuantiosas á los que aspiraban á casarse, para que pudiesen contraer el deseado enlace, y conviniéndose en que el donatario, cuando se hubiere casado, retrocederia al donador ó á otro en su nombre todo ó parte de lo donado; declara nula la escritura en que el hijo, ó cualquier otra persona, haga á favor de los padres ú otras personas que le otorgaron heredamiento ó donacion en tiempo de boda, disminucion, derogacion ó perjuicio de tal heredamiento ó donacion, prohibiendo á los notarios la autorizacion de semejantes documentos.

En virtud de esta ley son nulas las retrodonaciones manifiestas y todos los actos que impliquen desmembracion del heredamiento ó donacion, como el de consentir las enagenaciones que de las cosas donadas haga el donador; su venta al mismo si la entrega del precio solo consta por confesion del donatario, ó si el precio fuera ínfimo; la confesion de alguna deuda á favor del donador, sin que exista otra prueba, ni haya antecedentes bastantes para justificarla (1). Existe la nulidad aunque se haya jurado el cumplimiento del acto, pero el donatario que la alegare judicialmente, debe acreditar que por el juez eclesiástico se le absolvió del juramento (2).

Dicha ley no prohibe las cesiones á favor de tercera persona siempre que no se hagan con fraude (3). Se limita á los actos entre vivos: Fontanella (4) al afirmarlo invoca la autoridad de Mières y Óliba y un fallo de la Audiencia de 20 de Julio de 1560. Tambien dicen los intérpretes que por su espíritu no comprende las retrodonaciones que favorezcan al donatario, por haberse otorgado la donacion con pactos muy gravosos, ó porque los bienes donados estén afectos al pago de créditos muy crecidos; pero en estos casos la retrodonacion deberá otorgarse precisamente con la intervencion del cónyuge y de sus padres y demás personas á quienes pueda afectar, y deberá recibir la sancion judicial. Finalmente, sostienen que debe aplicarse á las retrodonaciones ó disminuciones hijas de un acto humano, nó á las que proceden de la ley, lo cual, como dice Fontanella (5), resulta de las palabras de la misma constitucion *alguna carta será feta*, es decir, *alguna escritura será otorgada*, y de su objeto, que fué evitar los frecuentes engaños hasta enton-

---

(1) Fontanella. *De pactis nup.* Claus. IV Glos. 1.ª, Ns. 71 á 78. Óliba *De actio.* Part. 3.ª Lib. 3.º L. *Item si quis*—El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Febrero de 1863 aplicó la disposicion de esta constitucion á un reconocimiento de capitales hecho por los esposos, que desmembraba el designado en las capitulaciones como actual de cada uno para los efectos de la asociacion de compras y mejoras, ó gananciales de la comarca de Tarragona. Véase la de 28 de Abril de 1858.

(2) Fontanella. *Decis.* 581, N.º 25. —Véanse en el Libro III los principios sobre la fuerza del juramento.—Cancer (*Var. resol.*, Part 3.ª, Cap. 2.º, N.º 229) sostuvo equivocadamente la completa ineficacia del juramento.

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 8, N.º 59. Óliba, en el lugar citado.

(4) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 1.ª, Nº. 81.

(5) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 1.ª, Ns. 82, 83 y 84.

ces cometidos. Por consiguiente no es obstáculo á que la donacion se rescinda en cuanto perjudique la legítima de los demás hijos, hubiesen ó no nacido cuando aquella se otorgó, en los términos prevenidos en la Costumbre de Cataluña del Título 9.° (*De donations*) del Lib VIII, Vol. 1.° Los autores catalanes dicen que la sobreveniencia de otros hijos al padre donador es causa suficiente para que el hijo donatario otorgue una retrocesion proporcionada; pero se fundan en una ley romana (1) que áun suponiéndola extensiva á otro caso que el de ser el ser el donador un patrono y el donatario su liberto, no es aplicable á Cataluña por existir la citada Costumbre de Cataluña, que sólo dá accion al hijo ó hija que nazca despues de otorgada una donacion para *hacerla revocar, despues de la muerte del padre, hasta el cumplimiento de la legítima.* Sucede lo mismo en el caso de simple inoficiosidad, pues dicha Costumbre no sólo habla del hijo ó hija que despues nacerá, sino *aún de aquel que habia nacido cuando el padre hizo la donacion* (2).

Disuelto el matrimonio por fallecimiento del cónyuge del donatario, sin dejar hijos, ¿podrá el donatario hacer una retrodonacion? Indudablemente, pues ha cesado el motivo de la prohibicion (3). ¿Adquirirá validez la hecha anteriormente? Muy acertadamente. Fontanella (4), como opinion propia, y como doctrina de la antigua Audiencia, sostiene la negativa, pues el acto fué completamente nulo, de tal suerte que el mismo retrodonante puede alegarla, ya que el motivo de la prohibicion es de pública utilidad.

§ 64. Tácita condicion que suponen las donaciones por causa de matrimonio.—Es la de realizarse el cierto y determinado enlace por cuya contemplacion se otorgan. Fontanella (5) hace tres observaciones: 1.ª Que las cláusulas notariales continuadas en la escritura de donacion por causa de matrimonio, calificándola de *pura, perfecta*, etc., no alteran su naturaleza, como en 1610 declaró la antigua Audiencia; 2.ª Que en contra de lo establecido para el cumplimiento de las disposiciones de última voluntad, no se reputará celebrado el matrimonio aunque no tenga lugar sin culpa del donatario que haya practicado lo necesario para realizarlo, y 3.ª Que anulado el matrimonio, queda destruida la donacion.

---

(1) Ley 8. Cod.. *De revoc. donat.* VIII, 56.

(2) Mières (*Apparatus*, Coment. á la Constit. que examinamos, Ns. 14 y 15) supone que la ingratitud, cumplidamente probada, es causa legítima de revocacion de estas donaciones. Con razon Fontanella (*De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 1.ª, N.° 13) sostiene lo contrario, y cita en apoyo de su opinion dos fallos de la antigua Audiencia.

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 2.°, N.° 229.—Fontanella, *Decis* 581, N.° 20

(4) *Decis.* 581, Ns. 21 y 22.

(5) *De pactis nup.*, Claus. IV. Glos. 1.ª, Ns. 50 á 64.

El juramento añadido á estas donaciones no les quita su carácter condicional: la santidad de dicho acto no producirá efecto hasta que el matrimonio se haya celebrado (1).

CAPÍTULO 6.°

DE LOS HEREDAMIENTOS.

SECCION 1.ª

DE LOS HEREDAMIENTOS EN GENERAL.

§ 65. **¿Qué son heredamientos?**—Son las donaciones de la herencia que por consideracion al matrimonio se otorgan en las capitulaciones matrimoniales por los padres á favor del hijo que va á contraerlo, ó que lo ha contraido, y tambien las que los contrayentes hacen á favor de los hijos que esperan tener.

§ 66. **Su carácter especial.**—Los heredamientos constituyen la institucion más típica de Cataluña, pues en virtud de un acto celebrado entre vivos, y con motivo de las bodas, se transfiere la herencia del padre ó de los contrayentes, estableciéndose un órden de sucesion no limitado, frecuentemente, á los descendientes de primer grado. Debe entonces aplicarse la disposicion romana, restablecida por las leyes desvinculadoras, respecto al grado hasta que pueden extenderse los fideicomisos (2). La costumbre de hacer heredamientos decae visiblemente; y observada todavía entre los grandes y pequeños propietarios agrícolas, apenas tiene lugar entre las personas cuya fortuna es debida á especulaciones mercantiles ó industriales (3).

---

(1) Véase Fontanella, *Eod.* N.° 56.

(2) Novela 159, cap. 2.°

(3) Fontanella se ocupó extensamente de los heredamientos en el primer tomo de su obra *De pactis nptialibus*. Casi al fin del tomo segundo vuelve á hablar de ellos (Claus. X, Glos. única.), y dice «que desde la impresion del tomo primero »ya no se usaron tanto los heredamientos, los cuales fueron *causa de grandes »estragos y ruinas*. porque privaron la libre enagenacion de la propiedad, y disminuyeron notablemente las atenciones debidas por los hijos á sus padres, los »cuales, dice, han de tener á sus hijos en un justo temor de desheredacion, »por cuyas razones la Audiencia no estaba tan dispuesta á favorecerlos como »antiguamente, y él nunca les fué muy afecto.»

§ 67. **Nocion jurídica de los heredamientos.**—Los heredamientos son una donacion de la herencia hecha entre vivos por causa de matrimonio, y previendo el acontecimiento de la muerte (1). Por consiguiente son título universal de trasmision de los bienes del donador, en lo cual se apartan de los principios de la donacion romana, que aún siendo universal conservaba el carácter de título singular.

§ 68.—**Sus precedentes y fundamentos legales.** — Se ha supuesto que los heredamientos son una institucion sin precedente legal y en pugna con los principios romanos, que prohibian trasferir la herencia por un acto entre vivos y especialmente con la Ley 4.ª Cod. *De inutilibus stipul.*, VIII, 39. (2). Sucede frecuentamente, en una legislacion tan vasta y compleja como es la romana, que los principios claudican al ser aplicados á casos determinados, ó que son destruidos por disposiciones que por ser posteriores tienen indisputable preferencia. Sucede lo primero en el caso de la Ley 1.ª, § 3.º Dig., *Si a parente quis manu. sit*, XXXVII. 12, segun la cual si el padre recibió dinero para emancipar al hijo, ó despues al hijo vivo le dió una cantidad para que le conservase los derechos hereditarios que tenia ántes de la emancipacion, y el padre intestase algo contra este pacto, se le opondrá la excepcion de dolo (3). Sucede lo segundo respecto la Constitucion de Leon, que es la Novela 19 de las de este emperador coleccionadas en el *Corpus juris civilis*. Con el epígrafe *De pacto paterno ex æquo heredem futurum filium* sanciona un pacto, cuya índole jurídica es idéntica á la de los heredamientos catalanes. Manda el emperador que si el padre en la escritura matrimonial prometiese al hijo una parte de la herencia igual al número de hijos que tiene, no intente hacer innovacion alguna á esta promesa (4).

---

(1) Véanse Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 6.ª, N.º 1 y 3, y Glos. 9 Part. 4.ª N.º 4.—Cancer, *Var. resol.* Part. 1.ª, cap. 8, N.º 89.—Socarrats. *Commen.* á Pedro Albert., Const. *Si vassallus*, N.º 5 y 6, (fol. 251).

(2) *Ex eo instrumento nullam vos habere actionem (in quo) contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio. manifestum est: cum omnia quæ contra bonos mores, vel in pactum, vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint.* —Constitucion de Diocleciano y Maximino.

(3) *Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius quantum satis est, contulit, ne judicia ejus inquietet: exceptione doli repelletur.* — La Constitucion de Justiniano que forma la Ley 6.ª Cod. *De emant. liber.*, VIII, 49, presupone la observancia de este fragmento.

(4) .....*Etiamsi, inquit, pater. cum in matrimonium collocaret filium, illum post decessum suum ex æqua parte cum aliis fratribus paternorum bonorum heredem fore pacto promiserit in potestate tamen illius, si vellit, erit, ut pactum ejusmodi negligat, aliisque liberis amplius attribuat: et illi cui æquam portionem hereditate pactum concedebat, minorem assignet. Hoc itaque quamquam alioqui (quomodo diximus) in republica nullum locum habeat, nostro etiam decreto velut in exilium ejectum, omnibus modis in rempublicam ingressu prohibemus. STATUIMUS vero, ut parentum nemo jura filio-*

Fontanella (1) dice que la costumbre secular los autorizó, y que la jurisprudencia los precisó. El capítulo 24 de las *Costumbres generales de Cataluña ó Conmemoraciones* de Pedro Albert, formadas en el siglo XII (2), menciona los heredamientos como institucion general del país. La constitucion única (3) del Tit. 2.°, *(De promesa de dot, y donatió per noces)*, Lib. V, Vol. 1.°, les presupuso completa validez, y confirmó su irrevocabilidad (4).

Muchas veces la otorgacion de un heredamiento se corrobora con juramento, y entonces toma nueva fuerza de las disposiciones generales canónicas que se mencionarán al tratar del juramento añadido á los contratos, y en particular de la doctrina jurídica deducida del Cap. 2.° *De pactis*, de las Decretales (in 6.°), I. 18, de que hablaremos al tratar de las renuncias hechas por la hija que recibe una dote (5).

§ 69. Los heredamientos ¿pueden ser de los bienes presentes y futuros? — No existe disposicion alguna particular de Cataluña que prohiba la donacion universal. La Costumbre de Cataluña contenida en el Tít. 9.° *(De donations)* Lib. VIII. Vol. 1.°, dispone que *si alguien dona cuanto tiene, el hijo ó hija que despues nacerá, y aún el ya nacido cuando el padre hizo la donacion á otro* (hijo ó extraño), despues de la muerte *del padre puede revocar* (6) *dicha donacion hasta el cumplimiento de su legítima* (7). Esta ley presupone la completa validez de las donaciones universales, como la presuponian las leyes 1.ª y 2.ª Cod. *De inoff. donat.* III. 29, al conceder la *queja de inoficiosa donacion* cuando la madre ó el padre donaron *todos los bienes* en perjuicio de la legítima de los hijos.

El jurisconsulto Fontanella, que estudió todas las leyes del Digesto y del Código relativas á donaciones y herencias, confiesa que no hay ninguna que prohiba la donacion de los bienes presentes y futuros

---

rum, quibus cum reliquis liberis æqualem hereditatis portionem servatum iri in nuptialibus contractibus spoponderit, innovare tentet. Ac si quis pactiones suas aspernari, et illius, cui tantundem, quantum alii fratres habituri sunt. promiserit, portioni detrahere compertus fuerit; sciat is pœnitentia mutatam voluntatem invalidam atque vanam habendam. Ex æquo enim cum aliis fratribus secundum initium pactum filius in bona succedet. Neque vero mendacium veritati præferri ulla ratio patitur, nec æquum est, neque rationabili animali convenit, pacta conventa per improbationem adulterari.

(1) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9, Part. 4ª. Ns. 1 y 119.

(2) Véase la Pag. 16 de la *Introduccion histórica*.

(3) Pedro III, en las Córtes de Perpiñan, Año 1351, Cap. 26.

(4) Véase el § 63.

(5) Fontanella expone con mucha oscuridad los efectos del juramento puesto al otorgarse un heredamiento. (*De pactis nup.* Claus. IV, Glos. 7, Part. 2.ª, Ns. 57 á 66; y la misma Claus., Glos. 28, N.° 2.

(6) Es decir, *puede pedir y lograr la rescision*.

(7) Véase el texto íntegro y el Comentario de esta *Costumbre* en el Capítulo *De las donaciones* (Libro III de estas *Instituciones*).

(Donationem omnium bonorum presentium et futurorum, nullum est jus quod exprèse prohibeat) (1), pero añade (2) que donar los bienes presentes y futuros equivale á donar la herencia, lo cual está prohibido por el derecho romano, citando varios textos, de los cuales sólo la ley 5.ª, Cod. *De pactis conventis*, V. 14, contiene una frase que pudiera parecer favorable á la opinion de Fontanella, si no se refiriese á un pacto dotal que fijase el destino de la dote á favor de un tercero, quien no interviniendo en el acto no tendria el carácter de donatario. Además, todo el razonamiento de dicho autor se apoya en el supuesto de que con arreglo á las disposiciones romanas no puede trasferirse la herencia por un acto entre vivos, lo cual no puede sentarse como principio, segun hemos demostrado en el párrafo anterior.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de Mayo de 1859, declaró que la legislacion vigente en Cataluña autoriza las donaciones entre vivos de todos los bienes, sin más limitacion que la reserva de la cuarta parte del haber del donante para los descendientes. En la de 26 de Junio de 1869 consignó que el fuero especial de Cataluña autoriza las donaciones entre vivos de padres á hijos, sin más limitaciones que las de no perjudicar á los acreedores del donador, ni á la legítima de sus descendientes.

Pero los autores catalanes, además, sostienen (3) que es nula la donacion de todos los bienes presentes y futuros, aunque se haga por contemplacion al matrimonio, pues la facultad de disponer por última voluntad es un derecho natural más atendible que el favor del matrimonio (4), y por consiguiente irrenunciable. Examinadas todas las citas legales que hacen para probar su afirmacion, no resulta que contengan la prohibicion de renunciar á la facultad de testar (5). Sin embargo,

---

(1) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 21, Part. 1.ª, N.º 10.

(2) Id.. id., Ns. 23 y 24.

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, N.º 3.º; y la misma Claus., Glos. 9.ª, Part. 3.ª, Ns. 4 á 38, y Part. 4.ª, N.º 62. — Id., *Decis.* 55, Ns. 11 al 17. Cancer. *Var. resol.*, Part. 1.ª. Cap. 8, N.º 74—Molino. *De rit. nup.* Fol. 143 (vindica y combate la jurisprudencia catalana). — Peguera. *Decis.*, Tom. 1.º pág. 364.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 3.ª; y Glos. 21, Part. 2.ª N.º 22.

(5) La ley 30 Cod., *De pactis*, II, 3, habla del pacto sobre una herencia que se espera. La 15 Cod., *eod.*, declara que la hija no puede pactar en las cartas dotales que la dote pasará á un tercero, pues no puede quitar al padre la facultad de testar. Esto significa que siendo profecticia la dote, como ha de volver al padre ó á sus herederos, en el caso de fallecer la hija sin dejar sucesion la segunda no puede privar á aquel del derecho de disponer en testamento de la dote para el caso expresado. La Ley 4, Cod. *De pactis conventis*, V. 14, declara que la madre no puede estipular por los hijos, y por consiguiente que no es válido el pacto dotal de que si fallece la mujer durante el matrimonio la dote pase á sus hijos; lo cual es consecuencia del principio romano de la personalidad de la estipulacion. La 5.ª Cod., *eod.*, dice que la herencia á los extraños se dá en testamento, y

es indudable que la antigua Audiencia habia consagrado la opinion de los autores catalanes formando una jurisprudencia (1) aún observada actualmente.

En su virtud es válida la donacion ó heredamiento absoluto de los bienes presentes y futuros cuando el donador se reserva el derecho de testar en cuanto á determinada cantidad, ó en cuanto alguna cosa que real y positivamente forme parte de los bienes; nó, por ejemplo, que consista en el mero dominio directo sobre los bienes (2). La cantidad puede ser insignificante (3). Cancer dice (4) que el Senado ó antigua Audiencia declaró válida una donacion con reserva para disponer á favor del alma.

Esta jurisprudencia y práctica constante de Cataluña no es opuesta ni á la costumbre citada en el primer apartado de este párrafo, ni á las leyes romanas mencionadas en la página 75. No lo es á la primera, que habla del derecho que tienen los hijos para salvar su legítima cuando el padre hizo una donacion universal, pero no de las condiciones bajo las que deben otorgarse las de esta índole cuando sustituyen á la disposicion de última voluntad, como sucede con los heredamientos. No se opone á las aludidas leyes romanas, porque la Ley 1.ª, § 3.º Dig. *Si a parente* deja expedita la facultad de testar comun á los padres de familia en Roma; y la Novela 19 de Leon no prohibe al padre disponer

---

por consiguiente que no vale el pacto dotal de que al fallecimiento de la hija á quien se dota el dote pasará á una tercera persona. Esta ley dice únicamente que la herencia se dará en testamento; no habla de donacion universal, ni contiene la prohibicion de privarse de la facultad de testar. La Ley 5, Cod., *De inutil stip.* VIII, 39, trascrita en la nota 2.ª de la pág. 75 prohibe el pacto de futura cesion pero no contiene ningun principio general que declare la inmoralidad del hecho de privarse de la facultad de testar, La 34 Cod., *De transactionibus*, II, 4, no es pertinente.

La 61 Dig. *De verb. obliga.*, XLV, 1, que lleva el epígrafe *De stipulatione captatoria*, declara *inútil* la estipulacion captatoria *Si heredem me non fæceris, tantum dare spondes?* disposicion análoga á la que declara nulas las condiciones captatorias puestas en los testamentos. La ley 83 § 5, Dig. *cod.* citada con mucha recomendacion, es completamente impertinente, pues trata de las cosas sagradas y públicas.

Los señores Elías y Ferrater en el *Manual del derecho civil vigente en Cataluña* citan tambien una Ley de Toro, que es la 2, Tít. 7, Lib. X de la Novísima Recop., y la Ley 8.ª, Título 4.º, Part. V. La primera no tiene aplicacion, como no la tiene ninguna ley de Toro. Tampoco la segunda, pues aparte de que no podria prevalecer á las romanas, trata de la anulacion de las donaciones por sobreveniencia de hijos.

Citan tambien la sent. del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1859, dada en méritos de un juicio seguido en territorio castellano, y por consiguiente fallado con arreglo á la mencionada ley de la Nov. Recop.

(1) Véase Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 3.ª, Ns. 12 y 38.

(2) Fontanella, *Eod.*. Ns. 12, 38, 121 y 144; y la misma Claus., Glos. 21, Part. 2.ª N.º 1.

(3) Cancer, *Var. resol.* Part. 3.ª, Cap. 2.º, N.º 125.

(4) *Eod.* N.º 123.

de los bienes á favor de los demás hijos, pues podrá hacerlo de tal modo que ninguno resulte más favorecido que el primero que se casó y con el cual se pactó la adjudicacion de la herencia. Además esta Novela nunca fué invocada por los jurisconsultos de Cataluña.

Sobre este punto no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues no es suficiente la sentencia de 4 de mayo de 1859 que se refiere á una donacion á favor de la esposa de toda la reserva hecha para testar al otorgar anteriormente un heredamiento á favor del hijo. Aun suponiendo que al dictarla el Tribunal Supremo no tuviese presentes los preceptos legales en cuya virtud las donaciones entre esposos están sujetas á libre revocacion, y por consiguiente que áun siendo universales no quitan la facultad de testar, esta sentencia no forma jurisprudencia, como no la forma jamás una sola. Sin embargo, es un precedente para establecerla en el sentido de no ser necesaria la reserva de una cantidad ó porcion de bienes para testar.

En ella se leen los siguientes considerandos: «Considerando que la »legislacion vigente en Cataluña autoriza las donaciones entre vivos »sin más limitacion que la de que no perjudiquen ó disminuyan la »legítima que el mismo derecho señala á los descendiente de los dona- »dores, y que en aquel antiguo Principado es la cuarta parte de sus »bienes;» «Considerando que las opiniones de los escritores que »tambien se invocan en apoyo del recurso (1), sólo podrian calificarse »como la doctrina de los doctores de que habla la Constitucion única »Tit. 30, Lib. I de las de dicho Principado, cuando apareciere su con- »formidad y la aplicacion constante en los tribunales de aquel terri- »torio (2).»

La de 30 de Junio del mismo año deja entrever un criterio distinto, pues al declarar válido un heredamiento hecho á favor de los hijos nacederos, por los contrayentes del matrimonio para el caso de fallecer intestado cualquiera de ellos dice: «Considerando que léjos de »ser esta institucion (3) opuesta á libre facultad de testar, se referia »por el contrario al caso único de que los instituidores muriesen in- »testados, pero conservando el derecho de variar la institucion si »lo hubiesen creido conveniente.» Las de 29 de Setiembre de 1865 y de 16 de Diciembre de 1867 que declaran la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos á título de heredamiento, excepto en cuanto perjudiquen á las legítimas de los descendientes ó ascendientes, se

(1) Dice la sentencia, al mencionar las infracciones que alegaba el recurrente: «la doctrina establecida y respetada por los Tribunales en Cataluña, como lo pro- »baban los escritores Fontanella, D. Luis Peguera, y Vives, cuyas doctrinas debian »tener fuerza de ley, atendiendo lo dispuesto en la Constitucion única, Tit. 30, »Lib. I de las de aquella provincia.»

(2) Véase la pág. 33 de la *Introduccion histórica*.

(3) La de heredamiento preventivo.

refieren á heredamientos otorgados con reserva para testar, y por consiguiente nada presuponen respecto á la necesidad ú ociosidad jurídica de tal reserva. La de 26 de Junio de 1860 se refiere á la peticion de nulidad de una donacion hecha á un hijo, pero no por causa de matrimonio. Fundábase el recurso en una supuesta nulidad de las donaciones entre vivos hechas por los padres á sus hijos, y sólo á esto se refiere la declaracion de la sentencia de que segun las disposiciones que rigen en Cataluña son válidas las donaciones entre vivos de padres á hijos, sin mas limitacion que la de no perjudicar á los acreedores del donador, ni á la legítima de sus descendientes.

No debe causar extrañeza la falta de sentencias sobre el punto que examinamos, pues ni se otorgó ni se otorga heredamiento á favor del hijo que va á casarse, ni los contrayentes lo hacen absoluto á favor de los hijos que tendrán de aquel enlace sin continuar la reserva de una cantidad, ó de alguna finca para testar. La excepcion es un caso rarísimo.

§ 73. **Efectos de la reserva para testar.**—Segun los autores catalanes, esta reserva dá validez al heredamiento de todos los bienes presentes y futuros; mas ahora examinaremos los otros efectos que produce.

1.° Cuando haciendo dicha reserva en el heredamiento de todos los bienes, sin decir *presentes* y *futuros*, se entenderán comprendidos los segundos (1), pues de lo contrario habria una reserva tácita y otra expresa, incompatibles por su índole tratándose de una donacion de la herencia, cual es el *heredamiento* catalan (2).

2.° Segun Fontanella (3) si el donador no dispone de la reserva hay que distinguir si se reservó la *cantidad tal para testar*, ó la *facultad de testar respecto tal cantidad.* En el primer caso dice que lo reservado será adquirido por los herederos *ab intestato*, en el segundo por el donatario.

Puede pactarse que no disponiendo de la reserva sea adquirido por el donatario (4). El Tribunal Supremo así lo ha declarado (5).

§ 74. **Los heredamientos son irrevocables.**—En el § 63 se dijo que todas las donaciones hechas en capitulaciones matrimo-

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus, IV, Glos. 21, Part. 2.ª N.° 26. — Véase el párrafo anterior.

(2) Id. Claus. IV, Glos. 9, Part. 3.ª, N.° 123, dice que las palabras *heredito ó dono hereditatem* comprenden los futuros si hay reserva.—El parecer contrario indicado en la Claus. IV, Glos. 2, N.° 64 y siguientes se refiere á las donaciones universales que no sean heredamientos.

(3) Claus. IV, Glos. 23, Ns. 9 á 15.

(4) Fontanella, *De pactis nup.* Claus IV, Glos 23, N.° 16.

(5) Sent de 16 de Enero de 1877.

niales son irrevocables si los otorgantes no se reservan el derecho de revocarlas en todo ó en parte, ó su revocacion depende de la condicion que suponen (1). El Tribunal Supremo lo ha declarado respecto los heredamientos (2).

A veces se promete, bajo juramento, que no se revocará el heredamiento ni por ingratitud del donatario ni por pobreza de los donadores: pero esta cláusula es ociosa, pues el heredamiento no puede revocarse por ingratitud ya que es considerado como otorgado á título oneroso, y en interés de otras personas á más del donatario (3); la revocacion, en el caso de pobreza del donador, sólo procede, segun las leyes romanas, cuando el donatario no le preste alimentos, caso que difícilmente ocurrirá en los heredamientos, pues en los otorgados á favor del hijo que contrae matrimonio, casi siempre el donador se reserva el usufructo, y en los otorgados á favor de los hijos nacederos siempre se conserva la posesion y disfrute de los bienes (4).

Consecuencia de la irrevocabilidad del heredamiento, y del perfecto derecho que á los bienes en él comprendidos tiene el donatario, es la de que si el padre donador en testamento instituye heredero al hijo donatario, imponiéndole gravámenes de sustitucion ó otros análogos, sólo comprenderán la reserva para testar y los demás bienes de libre disposicion del donador, sin que la aceptacion de la institucion hereditaria afecte al donatario respecto á lo comprendido en el heredamiento (5).

§ 72. El donatario no puede enagenar los bienes presentes comprendidos en el heredamiento puro (6). Excepciones

---

(1) Véanse los heredamientos *preventivos* y *prelativos* (§§ 96 y sigs.)

(2) Sents. de 28 de Abril de 1858; 19 de Abril de 1865; 16 de Diciembre de 1867; 7 de Febrero de 1870, y 22 de Octubre de 1876.

(3) Véanse los §§ 62 y 63. El Tribunal Supremo, al declarar la irrevocabilidad de los heredamientos en la sent. de 16 de Diciembre de 1867, dijo en el tercer considerando: *Que sólo á los padres ó donadores se da la accion para pedir en su caso la revocacion de estas donaciones por causa de ingratitud.* No podemos considerar estas palabras como declaracion de la facultad que competa á los donadores de revocar el heredamiento por la ingratitud del donatario, pues la mencionada sentencia no resuelve este punto sino el de la revocabilidad en general, y en particular de la facultad (que niega) de los donadores, de enagenar en ciertos casos no previstos al otorgarse el heredamiento. Véase la nota 2.ª de la pág. 73, de la cual resulta que sobre este punto no estuvieron acordes los tratadistas catalanes.

(4) Véase Fontanella, *De pactis nup.* Claus IV, Glos. 28.

(5) Cancer (*Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 7. Ns. 310 á 322; y Part. 1.ª Cap. 8, N.º 182) sostuvo que cuando el heredamiento fuese reversional para el caso de premoriencia del donatario, éste sucedería en virtud del testamento, por ser *título de mayor fuerza.* Fontanella (*De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 5, Ns. 57 y sigs.; y Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 3.ª, Ns. 48 y sigs. — *Decis.* 468, 469 y 470) refutó victoriosamente la equivocada afirmacion de Cancer y sus deducciones, refiriendo algunos fallos.

(6) Es decir, no *preventivo* ni *prelativo.*

admitidas por los autores catalanes. — Siendo el heredamiento una donacion entre vivos, confiere al donatario perfecto derecho á lo donado, por cuya razon es indudable que el donador no puede enagenar los bienes presentes comprendidos en el heredamiento. Pero se admiten algunos casos de excepcion.

Fontanella (1) enumera los siguientes:

1.° Cuando el donador deba constituir dote á una hija, pues la dote es un anticipo de la legítima (2) de la cual no puede privarse á hijo alguno sin la formalidad de la justa desheredacion (3).

2.° En caso de suma necesidad, con el fin de alimentarse ó de alimentar á los hijos, porque entonces el padre, segun las disposiciones romanas, puede vender las cosas del hijo.

3.° Siempre que se trate de una enagenacion necesaria, como para reparar una casa ruinosa ó librar al padre de la cárcel (4).

Sin embargo, el Tribunal Supremo (5) ha consignado que áun en el caso de que fuera cierto lo alegado de conformidad á lo expuesto, no podian servir de fundamento de casacion las opiniones de los escritores por respetables que sean, sino en cuanto formen la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales.

§ 73. Consideracion del padre donador respecto á los bienes comprendidos en el heredamiento. — Siempre que el donador no haga entrega de lo donado, continúa teniendo la consideracion de dueño (6), por cuya razon ántes de la Ley Hipotecaria no habia obstáculo á las enagenaciones que hacia, de tal modo que áun en las no comprendidas en uno de los tres casos mencionados, si la cosa vendida era una finca enfitéutica, el dueño directo podia reclamar el laudemio mientras dicha enagenacion no fuese revocada á instancia del hijo donatario (7). Mas hoy, que los heredamientos deben inscribirse en cuanto á cada una de las fincas que comprenden, difícilmente podrá realizarse

---

(1) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 5.ª, Ns. 142 á 170 y 198.

(2) Véase el Cap. de la Dote.

(3) Ley 29. Cod. *De inoff. testa.* III, 28.— Ley 5. *De inoff. donat.* III, 29.—Ley 22. Dig. *De adop.* I, 7.—Comunmente en los heredamientos hechos á favor de los contrayentes, el padre donador se reserva una cantidad para dotar á las hijas (Véase el § 82), y en los hechos á favor de los hijos nacederos, se reserva la facultad de dotar sin expresion de cantidad. (§ 77).

(4) Un escritor moderno, invocando la autoridad de Fontanella, añade los casos de reparacion del daño causado por un delito, de evitar su castigo, y de vender los bienes donados negociando como buen padre de familias para aumentar la fortuna; casos que Fontanella cita como enumerados por algunos autores catalanes, y que acertadamente desecha.

(5) Sent. de 16 de Diciembre de 1867.

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9, Part. 5.ª, N.° 178.

(7) Fontanella, *Eod.*, Ns. 130 y 131.

la enagenacion; y de llevarse á efecto, quedará á salvo el derecho del donatario para reclamar lo vendido por su padre, pues la ley hipotecaria dá completo efecto á las cláusulas revocatorias que consten en el Registro.

§ 74. **¿Cuándo el hijo donatario podrá instar la revocacion de las enagenaciones indebidamente hechas por el donador?** — Sólo despues de la muerte del padre (1), pues ántes existe la posibilidad de que por la premoriencia del donatario sin sucesion, cuando así se hubiere pactado, desaparezca el heredamiento (2), ó sin tal pacto, porque puede el donatario morir intestado y heredarle el padre donador. Esto dicen los autores; mas el principal motivo es porque el padre donador conserva en vida la consideracion de heredero, siempre que no haya purificado el heredamiento entregando desde luego lo donado, á tenor de lo dicho en el párrafo anterior.

Para lograr que se declaren revocadas las enagenaciones, el hijo donatario deberá probar que los bienes enagenados eran del donador en el dia de otorgarse el heredamiento, cosa sumamente expedita respecto de los inmuebles, hoy que en las escrituras de otorgamiento deben reseñarse los presentes en ella comprendidos (3).

Decian los jurisconsultos catalanes que si el padre donador disipaba los bienes, los donatarios podian reclamar la declaracion de sucesores, y por consiguiente que se prohibiese al donador la enagenacion de aquellos. Pero actualmente que la inscripcion individual de cada uno de los inmuebles comprendidos en el heredamiento deja completamente á salvo el derecho de los donatarios en cuanto á las raices, difícilmente ocurrirá el caso de aplicarse lo dicho por los autores.

§ 75. **En las ejecuciones contra el donador, el donatario puede oponerse al embargo de los bienes comprendidos en el heredamiento, nó al de los frutos.** — Exceptuando el caso de que el heredamiento fuese otorgado bajo reservas que lo impidan, el donatario podrá formular tercería de dominio en cuanto á los bienes comprendidos en el heredamiento. Por esto desde antiguo sólo se traba embargo sobre los frutos y rendimientos, (en el caso general de reserva del usufructo), y no sobre los bienes que forman el capital (4).

---

(1) Fontanella, *Eod.*, Ns. 24 y 26.

(2) Fontanella, *Eod.*, Ns. 136, 137 y 141.

(3) Pues de lo contrario no pueden hacerse las correspondientes inscripciones. Art. 7 de la Ley *Hipotecaria*.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 5.ª, N.º 68. — Cita varias sentencias de la antigua Audiencia.

Segun Fontanella (1), no vale la renuncia del usufructo reservado por el donador al otorgar el heredamiento siempre que tenga por objeto evitar la ejecucion que deba trabarse sobre los frutos; fraude que se presumirá en caso de duda, por tratarse de un acto á título lucrativo verificado entre personas allegadas, aunque el adquirente ó cesionario no tenga ánimo de verificarlo.

§ 76. **Reserva de la facultad de enagenar ó gravar los bienes comprendidos en el heredamiento.** — Alguna vez el donador se reserva la facultad de vender los bienes donados, ó de gravarlos con hipotecas ó censales. Fontanella se ocupa muy extensamente de la validez y efectos de este pacto (2), y dice que no se opone á la donacion, la cual producirá todos sus efectos en cuanto á lo que subsista al tiempo del fallecimiento del donador. Mas como éste puede enagenar todos los bienes (3), si lo hiciere la donacion quedará destruida. Por consiguiente la reserva absoluta de enagenar libremente convierte la donacion en condicional, haciéndola depender del hecho de subsistir bienes al tiempo del fallecimiento del donador, en el cual, respecto á los existentes, los efectos se retrotraerán al de la otorgacion. Esta omnímoda facultad de enagenar pocas veces se consigna en la otorgacion de un heredamiento, especialmente si es á favor del hijo que se casa. Más comun es la reserva de poder enagenar á título oneroso por las necesidades del donador, en cuyo caso no podrá hacer enagenaciones en fraude del heredamiento (4). A veces se enumeran taxativamente los casos de necesidad; y otras veces sólo se indican como ejemplo, pues á su enumeracion se añade la frase *y para cualesquiera otras necesidades del donador*, en cuya virtud éste podrá enagenar por cualquiera que verdaderamente tenga (5). Esta circunstancia se acreditaba en un expediente de jurisdiccion voluntaria del cual puede prescindirse para la inscripcion de la venta en el Registro de la Propiedad, en virtud de una resolucion de la Direccion general del registro de la propiedad (6). Sin embargo, como el heredamiento consta en el Registro, y por consiguiente el heredero ó donador tiene expedito el derecho de reclamar en el caso de no haber sido cierta la necesidad, el comprador podrá exigir la formacion del aludido expediente.

§ 77. **Reserva de la facultad de gastar lo necesario para casar y dotar á las hijas.**—Se ha de interpretar atendiendo á las

---

(1) *Eod.* Ns. 69, 103 y 104.
(2) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 26.
(3) Fontanella, *eod.* Ns. 5 y 9. Cancer, *Var. resol.* Part. 3.ª, Cap. VII, Ns. 227 y 228.
(4) Fontanella, Claus. IV, Glos. 26, Ns. 12 y 14.
(5) Véase Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 26, Ns. 14 á 19.
(6) De 15 de Noviembre del 1876. (*Gaceta* de 28 de mismo mes).

reglas que fijaremos sobre la cuantía de la dote. Fontanella dice (1) que el donador podrá dotar nuevamente á las hijas que contraigan segundo matrimonio, cuando la dote del anterior se haya perdido sin dolo ó culpa á ellas imputable; opinion que consideramos destituida de fundamento, pues el padre no está obligado á cumplir dos veces la misma obligacion de dotar á una hija.

El Tribunal Supremo ha reconocido como lícitas las mencionadas reservas en los fallos que declaran la irrevocabilidad de los heredamientos (2).

Como los demás heredamientos, los que contengan la reserva de la facultad de enagenar libremente se inscribirán en el Registro de la Propiedad. Segun el art. 16 de la Ley Hipotecaria, para hacer constar el cumplimiento de la condicion suspensiva se extenderá una nota marginal en virtud de la presentacion del certificado del acta de defuncion del donador. Si el donador verifica enagenaciones en vista de la escritura de otorgacion, deberá cancelarse la inscripcion correspondiente al heredamiento.

§ 78. **Derecho del donatario sobre los bienes futuros.**— Si el heredamiento comprende los bienes futuros, ¿qué derecho sobre ellos tendrá el donatario? Fontanella sostiene (3), acertadamente, la necesidad de fijar un tiempo para saber cuándo existirán los bienes futuros, y dice que es el de la muerte del donador. Este puede disponer, por acto entre vivos, de todos los bienes que adquiera con posterioridad á la otorgacion del heredamiento, mas no por actos de última voluntad, ó *mortis causa*, pues los existentes á su fallecimiento forman parte del heredamiento. Vives (4) considera esta opinion como de razon natural, y la apoya con el ejemplo de lo dispuesto en la Ley 5.ª del Tit. 4.º, Lib. X de la *Novis. Recop.* facultando al marido para enagenar por sí los bienes gananciales. Añade que una sentencia de la Audiencia declaró válida la enagenacion de una finca adquirida por el donador despues de otorgado el heredamiento.

Lo dicho no tendrá aplicacion si por pacto expreso se hubiera convenido lo contrario.

§ 79. **Division capital de los heredamientos.** — Es la de *heredamientos* hechos á favor del hijo que contrae matrimonio, y *heredamientos* á favor de los hijos que nacerán del matrimonio pactado ó contraido.

---

(1) *De pactis nup.* Claus. IV, Glos. 26, Ns. 22 y 23.
(2) Véase el § 71.
(3) *Decis* 209, N.º 6.
(4) Nota 1.ª del Tit. 2, Lib. VI, Vol 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

SECCION 2.ª

DE LOS HEREDAMIENTOS HECHOS Á FAVOR DEL HIJO QUE CONTRAE MATRIMONIO (1).

§ 80. **Su naturaleza.** —Dicen los autores (2) que estos heredamientos son un contrato entre vivos, pues se hacen por contemplacion al matrimonio: consecuencia de este principio, es el de la irrevocabilidad. Participan tambien del carácter de instituciones hereditarias porque comprenden la universalidad de bienes del donador, y porque el donatario adquiere materialmente lo donado al fallecimiento de aquel (3); así lo ha declarado el Tribunal Supremo (4). Consecuencias de este principio son la consideracion de heredero que tiene el donatario, y que las cláusulas de sustitucion y otras análogas que se continúan en estos heredamientos deben interpretarse segun los principios que rigen en materia de sucesion testamentaria (5).

Siendo irrevocables estos heredamientos, no pueden ser alterados por el donador, á ménos de haberse reservado la facultad de hacerlo (6).

§ 81. **Reserva para testar que se hace en estos heredamientos.**—Esta reserva se hace para dar validez á la donacion de todos los bienes presentes y futuros que, como se dijo en el § 69, es considerada nula por los tratadistas catalanes siempre que no la contenga.

Si los padres al otorgar el heredamiento dijeron que *ambos se reservaban tal cantidad* para testar, cada cual podrá disponer íntegramente de la mitad sobre sus bienes. Vives cita (7) al efecto dos fallos de la Audiencia.

§ 82. **Otras reservas que se hacen al otorgar estos heredamientos.** — Los donadores comunmente se reservan el usufructo para durante su vida; una cantidad para dotar á las hijas, y satisfacer la legítima á los varones: á veces tambien se reservan la facultad de

---

(1) O que ya lo contrajo: véase el § 57.

(2) Fontanella, *De pactis nup.* Claus. IV, Glos. 3.ª, N.º 3 y sigs. Cancer, *Var. resol.* Part. 1.ª, Cap. 8.º, Ns. 65 y 212 al 222, y Part. 3.ª, Cap. 7.º, Ns. 87 y siguientes, y Capítulo 21, N.º 95.—Vives y Cebriá, Nota 1.ª al Tit. 2.º, Lib. IV, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(3) Los bienes futuros, por lo dicho en el § 78; y los presentes, porque el donador casi siempre se reserva el usufructo.

(4) Sentencias de 10 de Enero, y de 1.º y 20 de Junio de 1873.

(5) Por esto se les dá la consideracion de herencia para la exaccion de los derechos de trasmision de bienes.

(6) Véanse las sentencias referidas en la Nota 2.ª de la Pág. 81.

(7) Nota 1.ª al Tit. 2.º, Lib. VI, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

enagenar, de crear censales, etc. La reserva del usufructo se hace expresamente, ó resulta de otorgarse la donacion *para despues de la muerte del donador* (1).

Si los padres al otorgar el heredamiento se reservan el usufructo de *todos los bienes* en él comprendidos, el sobreviviente gozará del usufructo de los que donó y de los que fueron del premuerto (2).

Pero si únicamente dicen que cada donador se reserva para durante su vida el usufructo de lo donado, el sobreviviente sólo usufructuará sus bienes, nó los que fueron del premuerto (3). Algunos autores sostienen que tendrá el usufructo de lo donado al hijo por ambos otorgantes, si no puede subsistir con los bienes propios. Esta opinion es inaceptable, pues en virtud de la muerte del donador, el usufructo que se reservó se consolida *ipso jure* con la nuda propiedad del donatario (4), el cual adquiere civilmente la posesion que de un modo derivado tenia el usufructuario, pudiendo tomar por sí la posesion material.

Los frutos existentes en poder del donador al tiempo de su fallecimiento, son de su libre disposicion y por consiguiente de ellos habrá de deducirse legítima si hubiere otros hijos, pues percibidos los frutos por el usufructuario no ha de tomarse en cuenta si han sido ó no consumidos. Ferrer (5) y Peguera (6) citan un fallo de la antigua Audiencia de Cataluña, referido tambien por Cancer (7), que declaró ser patrimonio exclusivo del donador los frutos referidos, y por consiguiente que de ellos ha de de ducirse la legítima. De la sentencia citada por Miguel Ferrer lógicamente deduce Cancer (8) que habiendo el donador reservádose el usufructo, se reservó tambien la facul-

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 22.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV. Glos 22, N.º 31 (cita un fallo). Cancer, Part. 3.ª, Cap. 22. N.º 112 y sigs.—Vives, Nota 1.ª al Tit. 2.º Lib. VI, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

Conviene que al otorgarse las capitulaciones matrimoniales se precise bien la reserva de usufructo. Algun registrador de la propiedad ha denegado la inscripcion de heredamientos por contener la reserva de usufructo á favor de ambos padres donadores, fundándose en que constituye una donacion entre esposos prohibida por el derecho. Pero dicha reserva está autorizada por la práctica constante y la antigua jurisprudencia catalana, y las donaciones entre esposos producen efecto si el donador premuere sin haberlas revocado. (Véase el Capítulo de las *Donaciones.*)

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus IV, Glos. 22, N.º 31.—Cancer, *Var. resol.*, Parte 1.ª, Cap. 8.º, N.º 42.—Marquilles, Coment. al usat. *Aucto. et rogata.* Notas 1 y 2.

(4) § 3.º Ins. *De usufruct.*, II, 4.—Ley 16, Cod. *De usufruct.*, III, 33.—Véase Fontanella, *De pactis nup.* Claus. IV, Glos. 22, N.º 34.

(5) *Observ.*, Part. 3.ª, Cap. 304.

(6) *Decis.* Cap. 142, N.º 2.

(7) *Var. resol.* Part. 1.ª, Cap. 8, Ns. 78 y 83, Part. 3.ª, Cap. 2. Ns. 123 y 125.

(8) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 2.º N.º 123 á 125.

tad de testar de los frutos que percibiria, los cuales serán adquiridos por aquel que designe en el testamento, y por consiguiente sólo en el caso de no haberlo otorgado lo serán por el donatario. Fontanella (1) acepta teóricamente esta doctrina, y la deduce de varias sentencias mencionadas por Cancer (2), las cuales declararon válidos algunos heredamientos con una reserva para testar insignificante (en uno de ellos era de 50 sueldos) habiendo la del usufructo; y Fontanella dice que dada la jurisprudencia de la Audiencia, que exigia verdad en la reserva para testar, no se comprenden aquellas donaciones sino en el supuesto de que el donador pueda disponer de los frutos percibidos en virtud del usufructo reservado.

Al concluirse el usufructo, el donatario recibirá los muebles en el ser y estado en que entonces se hallen (3).

§ 83. **En estos heredamientos se hacen sustituciones.**— Muchas veces al otorgarse el heredamiento los padres donadores establecen verdaderas sustituciones, disponiendo que los bienes, á la muerte del donatario, pasen á los hijos que haya procreado del matrimonio por cuya razon aquel se otorga. Esto confirma el carácter de institucion hereditaria que concurre en los heredamientos de que nos ocupamos.

No obstante, los autores catalanes hacen derivar la fuerza de dichas sustituciones de la estipulacion habida entre el donador y el donatario, pues la aceptacion de éste se considera hecha tambien, en nombre de los llamados en segundo lugar (4). En su virtud el heredamiento no puede revocarse en perjuicio de los hijos del donatario, ni áun por mútuo disenso de éste y del donador, sin que obste la disposicion de la Ley 3.ª, Cod. *De donat quæ sub modo*, VIII, 54, porque las palabras *juxta donatoris voluntatem* no se refieren á la libre facultad de revocar, sino á la adquisicion del derecho introducido á favor de un tercero. Además tiene aplicaciou la Constitucion única del Tít. 2.°, Lib. V, Vol. 1.° (5). Así lo declaró la antigua Audiencia en el fallo citado por Fontanella (6), y en los aludidos por Cancer (7).

Si al otorgarse el heredamiento nada se ha expresado sobre la parte en que los sustitutos son llamados, y se ha dicho que *se donaba á los*

---

(1) *De pactis nup.*, Claus. IV. Glos. 22, Ns. 4 y siguientes.
(2) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 2.°, N. 123
(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV. Glos. 22, N.° 56.
(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 1.ª, Ns. 3, 5 y 6. (Citado un fallo de la antigua Audiencia.)
(5) § 63, pag. 71.
(6) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 1.ª, N.° 2.
(7) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 7.°, N.° 258.

hijos del hijo, el donatario no podrá dividir á su arbitrio los bienes en aquel comprendido entre sus hijos sustituidos, pues se consideran llamados por partes iguales (1). A pesar de ser esto lo único sostenible, Cancer dudó; mas finalmente comprendió la razon de lo expuesto (2). Explicándola Fontanella dice (3) que los hijos y nietos son llamados de derecho por partes iguales á la herencia paterna, sin que pueda aducirse el ejemplo de la madre que cumple con la reserva á favor de los hijos del primer matrimonio, asignándola á uno de ellos, pues la ley no llama inmediatamente á estos hijos.

Si al otorgarse el heredamiento se dijere que el donatario estará obligado á dejar lo en él comprendido, á sus hijos, podrá elegir á uno de ellos.

§ 84. La sustitucion hecha en un heredamiento á favor de los hijos de los contrayentes, no aprovecha á los que tengan de otro matrimonio.—Si el heredamiento se hace por contemplacion al cierto y determinado matrimonio que va á contraer el donatario, y se llama á los hijos que de él nazcan, no vendrán llamados los de un segundo ó ulterior enlace (4), y por consiguiente el heredamiento desaparecerá si el donatario premuere al donador sin dejar hijos del matrimonio por cuya exclusiva contemplacion aquel se otorgó.

Si el heredamiento se otorgó simplemente por razon del matrimonio del hijo, diciendo que se hacia á su favor y de los hijos que tuviere, sucederá lo contrario. De este modo se armonizaron las dos opiniones referidas por Fontanella (5).

Este autor presenta (6) el caso de que se hubiere pactado que el donatario hubiere de disponer de lo donado á favor de sus hijos ó de cualquiera persona, y dice que á tenor de las Leyes 114, § 6, Dig., 3.° *De legat*, XXX; y 17 proem. Dig. *Ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1, deberá hacerlo á favor de los hijos si los hubiere, pues son verdaderos sustitutos fideicomisarios segun la Ley 57, § 2. Dig. *Ad S. C. Trebell.*, que presenta concretamente el caso de manifestar el testador que el heredero habrá de disponer de los bienes á favor de los hijos *vel qui voluerit*, resolviéndola á beneficio exclusivo de los hijos por la afeccion que á ellos se tiene aun sin conocerlos é interpretando las referidas palabras como expresivas de una facultad subsidiaria.

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 1.ª, Ns. 7, 8, 9, 10 y 11. (cita cuatro sentencias); y Claus. IV, Glos. 24. N.° 20.

(2) *Var. resol.* Part. 3.ª, Cap. 7, Ns. 117 y Cap. 8.°, N.° 65.

(3) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos, 9.ª, Part. 1.ª, Ns. 13 al 19.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus, IV, Glos. 9.ª, Part. 1.ª, Ns. 19 y 20 á 27; y Claus. X, Glos. única, Ns. 40, 41 y 42. — Cancer, *Var. resol.* Part. 3.ª, Cap. 7, N.° 101.

(5) Id., Claus. IV, Glos. 9.ª Part. 1.ª N.° 26.

(6) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 25, Ns. 20 á 27.

§ 85. **Pacto reversional.** —Comunmente al otorgarse el heredamiento se pacta que si el donatario fallece sin hijos procreados de legítimo matrimonio, ó dejando tales que mueran antes de la pubertad ó edad de testar (1), vuelvan los bienes al donador si viviere, ó á aquel ó aquellos á quienes se designa en el mismo pacto, ó el donador designará en acto de última voluntad.

En virtud de este pacto, dicen Fontanella (2) y Cancer (3), los bienes vuelven al donador en el caso de que, falleciendo el donatario dejando hijos que entonces ó despues tengan la edad de testar, mueran éstos sin hijos durante la vida del donador, pues en los contratos la condicion pasa á los herederos en virtud de la Ley única, § 7, Cod. *De caducis tolle*, VI, 51; pero esta opinion es completamente errónea, pues cumplida la condicion ha desaparecido la posibilidad del efecto de su incumplimiento, y el acto se ha purificado como reconoce el mismo Fontanella en la Decision 470.

Los autores catalanes no resuelven la duda de si tendrá lugar la reversion á favor del heredero del donador en el caso de fallecer el donatario sin hijos despues que el donador, á favor del cual se pactó la reversion. Fontanella (4), fundándose en que los contratos condicionales se trasmiten á los herederos, se inclina á la afirmativa; pero despues de exponer el pró y el contra, como el más vulgar leguleyo, dice que cada cual opinará como quiera, bastando para su satisfaccion haber indicado el camino de averiguar la verdad.

El principio que se deduce de la Ley 16, Dig., *De rebus dub.*, XXXIV, 6, es bien claro y explícito. Dicha ley presenta el caso de que habiéndose estipulado por la madre, al constituir la dote al marido de la hija, que si ésta moria durante el matrimonio habria de restituir la dote, perecieron simultáneamente la hija y la madre: habiéndose consultado al emperador Antonino Pio si el heredero de la madre tenia accion para reclamar la dote en virtud de lo estipulado, dijo que nó, *quia mater filiæ non supervixit* (5). Es decir que la madre donadora que pactó la reversion á su favor, no trasmite á sus herederos el derecho condicional á la reversion, y como este es el caso de los heredamientos que

---

(1) Esta cláusula del heredamiento se extiende en los siguientes ó parecidos términos: *Con el pacto y condicion de que si dicho donatario fallece sin hijos procreados de legítimo matrimonio, ó con tales que no lleguen á la edad de hacer testamento, vuelvan las cosas donadas á dichos donadores, si vivieren; y sino vivieren, á fulano de tal ó bien á aquel ó á aquellos á cuyo favor dispusieren entre vivos ó en testamento.*

(2) *De pactis nup.*, Claus IV, Glos. 24, Ns. 22 y 23.

(3) *Var. resol.* Part. 3.ª Cap. 21, N.º 95, donde cita algun fallo.

(4) *De pactis nup.* Claus. IV, Glos. 24, Ns. 23 á 38.—Cancer, *Var. resol.* Part. 3.ª, Cap. 21, Ns. 95 y sigs.

(5) *Ut ecce, si mater stipulata est dotem a marito, mortua filia in matrimonio, sibi reddi, et simul cum filia periit: an ad heredem matris actio ex stipulatu competeret? Et D. Pius rescripsit, non esse commissam stipulationem: quia mater filiæ non supervixit.*

hemos presentado, la cuestion queda sencillamente resuelta sin necesidad de sutilezas, ni ménos de suponer otras condiciones tácitas á la de premoriencia de la hija, expresada en la ley.

Si llegase el caso de reversion, adquiririan perfecta validez las enagenaciones que el donador hubiere hecho; pero no creemos justificada la opinion de Fontanella (1) de que la cláusula reversional autorice á los donadores para enagenar los bienes donados, por la esperanza que tienen de readquirir lo donado. Aparte de que estas palabras repugnan á la índole de una donacion otorgada expontáneamente por el padre, el hecho de la reversion es incierto y ménos probable que el de la premoriencia del donador.

Muy frecuentemente al pactarse la reversion, se concede, para el caso en que tenga lugar, la reserva de alguna cosa ó cantidad á favor y libre disposicion del donatario (2), quien podrá hacerlo sin estar obligado á dejar legítima al donador ó donadores, los cuales la renunciaron al conceder dicha libre disposicion por medio de un pacto irrevocable en el que interesan varias personas (3): lo contrario seria hacer en parte ilusoria la concesion *á su libre voluntad* (4).

Si el donatario premuere á los donadores, y no deja hijos ni ha dispuesto de la reserva, los padres donadores adquirirán ésta en virtud de las reglas de la sucesion *ab intestato*, y por consiguiente la dividirán entre sí por mitad, sin distincion de procedencia; pues la reserva era completamente del donatario, formaba parte de su patrimonio, y en Cataluña sólo como excepcion hay la troncalidad en la sucesion de los impúberes (5).

Pretende Cancer que cuando en el heredamiento hay la cláusula reversional, si el donador instituye heredero al donatario imponiéndole gravámenes de restitucion y el segundo acepta la herencia, dichos gravámenes se extenderán á los bienes comprendidos en el heredamiento. Esta opinion es manifiestamente errónea, como se dijo en la página

§ 85. Valor del heredamiento hecho por la madre si contrae segundo matrimonio.—No existe duda alguna sobre la perfecta validez del heredamiento hecho por la madre á favor de los hijos del

(1) *De pactis nup.* Claus. IV, Glos 22, Ns. 74 y 75.

(2) Por ejemplo, añadiendo al pacto reversional de la Nota 1.ª de la página anterior las palabras *reservando para tal caso la cantidad cual al donatario, de la que podrá disponer á sus últimas y libres voluntades.*

(3) Véase el § 62.

(4) Véase Fontanella, *De pactis nup.* Claus. IV, Glos. 24, Ns. 39 y siguientes.—Cancer sostuvo la opinion contraria (*Var. resol.* Part. 3.ª, Cap. 7, Ns. 91 y 97).

(5) Sobre este punto tampoco concuerdan las opiniones de Fontanella (*De pactis nup.*, *Eod.* Ns. 57 y siguientes) y de Cancer (*Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 5.º, Ns. 20 á 24).

matrimonio que va á contraer, si fallece durante él. Pero si el esposo premuere, dice Cancer, (1) que como la mujer no puede hacer de inferior condicion la dote, y como la subsistencia del heredamiento rebaja su condicion *(quia per hujus modi pactum fit deterior dotis conditio constante matrimonio, et ipsius mulieribus ad secundo nubendum quod de jure prohibetur)*, la dote debe considerarse exceptuada del heredamiento, á fin de poderla constituir libremente al nuevo marido, pero respetando, á su tiempo, la legítima de todos sus hijos y observando lo dispuesto en la ley *Hac ædictali* (2). Añade Cancer (3) que fundándose esto en ser la dote de pública utilidad para facilitar el casamiento de las mujeres, la que contraiga segundo enlace deberá manifestar que revoca el heredamiento. De lo contrario subsistirá íntegramente, pues que *ha encontrado marido sin necesidad de hacer la revocacion*. Marquilles (4) es más radical, pues fundándose en la Ley 2, Dig. *De pact. dot.* XXIII, 4, sostiene la verdadera nulidad de todo pacto que se *oponga á la libre condicion de la dote.*

Fontanella acepta (5) la primera parte de la opinion de Cancer, pero en cuanto á la segunda fluctúa entre ella y la de Marquilles. Vives examina (6) detenidamente esta cuestion, alegando razones en pró y en contra de la eficacia del heredamiento, pero sin decidirse por unas ni por otras.

Respetando las opiniones de los antiguos tratadistas, sostenemos la subsistencia completa y eficaz del heredamiento hecho por la madre al contraer el primer enlace, 1.° porque la doctrina de dichos autores es contraria á la constitucion única del Tít. 2, Lib. V, Vol. 1.° y á las reglas de la jurisprudencia catalana, en cuya virtud los heredamientos son irrevocables (7): 2.° Porque la madre puede aportar al segundo matrimonio el usufructo de los bienes comprendidos en el heredamiento, lo cual es suficiente para sostener las cargas matrimoniales: 3.° porque no es cierto que la mujer nunca pueda empeorar la condicion de la dote. Válidamente puede obligarla en cuanto á la mitad, á favor del marido, y por consiguiente más efecto ha de producir la obligacion contraida á favor de los hijos ántes del segundo matrimonio.

En virtud de estas razones y de las disposiciones contenidas en la Ley

---

(1) *Var. resol.* Part. 1.ª, Cap. 8, N.° 131.—Id. Part. 3.ª, Cap. 7, N.° 203, y Capítulo 15, N.° 101.

(2) Cod. *De secundis nup.*, V, 9.

(3) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 7, Ns. 203 y 204.

(4) Comentario al usat. *De intesta;* Quest. 29.

(5) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 5.ª, Ns. 180 á 188.

(6) Nota 1.ª al Tít. 2, Lib. V, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(7) § 71; pág. 80.

Hipotecaria (1) y su Reglamento (2), los Registradores denegarán la inscripcion de cualquier acto otorgado por la madre en contra del heredamiento que hizo á favor de los hijos.

§ 86. **Inscripcion de estos heredamientos.**—Se practica mediante la presentacion en el Registro de la escritura de otorgamiento y de certificacion de la trascripcion de la partida matrimonial, siempre que en la escritura no se manifieste que el matrimonio ya está celebrado (3).

Para que pueda tener lugar la inscripcion es indispensable que en la escritura de otorgamiento se describan los inmuebles y derechos reales comprendidos en el heredamiento, haciendo constar todas las circunstancias exigidas en la ley Hipotecaria (4). Respecto de los bienes que con posterioridad á la institucion del heredamiento adquieran los donadores, se hará constar que están comprendidos en él por la presentacion de la escritura de otorgacion y la certificacion de defuncion del donador (5), acompañándose con la solicitud en que se pida la inscripcion y se precisen los bienes indicados que fueron inscritos á nombre del donador.

La escritura en que se otorgue el heredamiento puede inscribirse ántes de la celebracion del matrimonio, en el concepto de título sujeto á condicion suspensiva (6); cuando se presente la certificacion del matrimonio, se extenderá una nota marginal (7) que producirá efecto retroactivo (8).

La escritura se devuelve con la debida nota de inscripcion puesta al pié: las certificaciones de matrimonio y defuncion se archivan en el Registro.

SECCION 3.ª

DE LOS HEREDAMIENTOS HECHOS POR LOS DESPOSADOS Á FAVOR DE LOS HIJOS QUE TENDRÁN.

§ 87. **Su naturaleza jurídica.**—Estos heredamientos son irrevocables, y en tal concepto tienen el carácter de donacion. Mas no

---

(1) Arts. 19 y 82.
(2) Art. 20.
(3) Ley *Hipotecaria*; Arts. 2, 23 y 25.—*Reglamento* para su aplicacion; Art. 2.
(4) Ley *Hipotecaria*; Art. 9.—*Reglamento*; Art. 25.—Instruccion de 9 de Noviembre de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro; Arts. 2, 9, 12 y 13.
(5) *Reglamento* para la aplicacion de la Ley *Hipotecaria*; Art. 48.
(6) Ley *Hipotecaria*; Art. 16.
(7) Id. id.—*Reglamento*, Arts. 113 y 114.
(8) Véase el § 64.

producen efecto hasta la muerte del otorgante, pues llevan en sí la tácita condicion de sobrevivencia del donatario, por lo cual tienen el carácter de última voluntad. Fontanella dijo (1) *hermaphroditis duobus sexibus pollendibus comparare videmur.*

Por consiguiente el donatario ha de ser capaz de suceder al padre en el dia del fallecimiento de éste.

§ 88. **Su division.**—De estos heredamientos unos son *puros* y otros *condicionales.*

§ 89. **¿Cuáles son los puros?**—Son los hechos á favor de los hijos nacederos del matrimonio que va á celebrarse, sin hacerlos depender de un hecho, ni atender al segundo enlace que contraiga uno de los entonces desposados. Constituyen una donacion absoluta de la herencia á favor de los hijos (2), y por consiguiente, segun los autores catalanes, han de contener reserva para testar (3).

§ 90. **Su fórmula.**—Cuando las escrituras se extendian en latin, era la siguiente: *Item pactatum est quod filii ex hoc matrimonio procreandi sint vel esse debeant hæredes nostri* (4), y hoy: *Ambos futuros cónyuges hacen heredamiento puro simple é irrevocable á favor de los hijos comunes.*

§ 91. **Efecto del heredamiento puro hecho á favor de los hijos en general.** — Todos los hijos que los donadores tengan y les sobrevivan, adquirirán lo donado por partes iguales.

§ 92. **De la reserva de eleccion: sus efectos.**—Muchas veces el donador se reserva el derecho de elegir uno de los hijos para donatario de la herencia. Esta reserva puede ser ya expresa, ya tácita, como si dijere que el heredamiento *se hace á favor de un hijo ó del hijo que querrá*, y aun cuando se dice simplemente del *hijo* ó *hija* que nacerá, segun sostiene Fontanella (5) como opinion propia y resolucion de la Audiencia.

Dice el mismo autor que para la eleccion tienen preferencia los varones (6), y que puede recaer en los nietos del donatario, hijos de un hijo premuerto (7).

---

(1) *Decis.* 583. N.° 3. Véase tambien la obra *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 5.ª, Ns. 18, 20, 22 y 26.
(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 4.ª, Ns. 48 á 87, y Part. 5.ª N.° 22.
(3) Véase el § 69.
(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 4.ª, N.° 140.
(5) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 5.ª, Ns. 1 á 7.
(6) *Eod.*, N.° 8.
(7) *Eod.*, N.° 10. Cancer *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 7.°, N.° 108.

La eleccion puede hacerse: 1.° Expresamente, con las palabras *elijo, quiero elegir* ú otras semejantes. Si al otorgarse el heredamiento se consignó que deberia hacerse en testamento, sólo de este modo producirá efecto. 2.° Tácitamente, por institucion de heredero (1) ó por un acto que sólo pueda hacerse á favor del elegido (2).

Si el donador fallece sin haber hecho la eleccion, todos los hijos adquirirán la herencia por partes iguales (3).

§ 93. **Heredamiento puro á favor de algun hijo determinado: sustitucion: preferencia.** — Puede hacerse el heredamiento á favor de un hijo, como del primogénito varon, y en falta de varon de la hija mayor, llamándose á otros para el caso de morir el primogénito sin sucesion, ó de que los hijos que al morir dejare fallezcan ántes de la pubertad (4).

Finalmente, puede preverse el hecho de tener sucesion de otro matrimonio, y dar la preferencia á los hijos que hubiere tenido del que va á contraerse al otorgar el heredamiento, dándole así carácter *prelativo* en cuanto al órden de preferencia en la eleccion (5).

§ 94. **Inscripcion de estos heredamientos.** — Estos heredamientos son inscribibles, porque del art. 16 de la ley Hipotecaria se desprende que lo son para los efectos del art. 2.° los títulos de otorgamiento de un acto ó contrato sujeto á condicion suspensiva, cual es en el presente caso la sobrevivencia de los hijos al padre donador.

La inscripcion se verifica á tenor de lo dispuesto en el art. 7.° de la Ley Hipotecaria, segun el cual cuando en los actos ó contratos no sujetos á inscripcion se reserve cualquier derecho real á personas que no hubieran sido parte en ellos, el notario que autorice el título deberá exigir la inscripcion del referido derecho real siempre que el interés de dichas personas resulte del título mismo. Se observa tambien lo dispuesto en el art. 12 del Reglamento para la ejecucion de la Ley, y por consiguiente el notario autorizante de la escritura de capitulaciones la remite directamente al Registrador, siendo de cuenta de los otorgantes los gastos de remesa. El Registrador hace la inscripcion, y cuando el heredamiento se refiere á bienes situados en territorios de diferentes Registros, lo remite al que corresponde despues de verificadas las correspondientes inscripciones, dando el correspondiente aviso al interesado; en igual forma proceden los demás Registradores hasta el último.

---

(1) Ferrer, *Observ.*, Part. 3.°, Cap. 319.
(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 5.ª, Ns. 14 á 17.
(3) Fontanella, *Eod.*, N.° 11.
(4) Véase el § 83.
(5) Véanse los heredamientos prelativos.

Cumplida la condicion suspensiva de estos heredamientos, ó sea cuando haya fallecido el donador, se hará la suscripcion á favor de la persona ó personas que en definitiva hayan resultado favorecidas, lo cual se acredita del modo que dispone para los heredamientos preventivos la Real órden de 24 de Octubre de 1871, siempre que el heredamiento fué otorgado á favor de todos los hijos, ó á favor del primogénito, ó cuando habiéndose reservado el donador la facultad de elegir á uno de los hijos no la utilizó, y por consiguiente en definitiva son todos donatarios. Si el donador ha hecho uso de la facultad de elegir, bastará presentar al Registro la escritura de institucion del heredamiento, y el testamento ú otro documento del cual resulte la eleccion. En ambos casos, si el heredamiento fué inscrito como acto otorgado se presenta al Registrador una instancia que relacione los bienes en los cuales recayó dicha inscripcion, debiendo precisarse su valor para los efectos del pago de trasmision de bienes. Si no fué inscrita la institucion del heredamiento, debe presentarse una escritura de descripcion.

§ 95. **Heredamientos condicionales á favor de los hijos nacederos.** — Son los que se hacen depender de un hecho, ó que atienden á la posibilidad de un segundo matrimonio, verificado por los contrayentes que otorgan el heredamiento. Pueden ser *preventivos* ó *prelativos*, sin que esta division excluya á los heredamientos condicionales por otros conceptos.

§ 96. **Heredamientos preventivos.** — Son los otorgados á favor de los hijos para el caso de morir intestados los otorgantes. Se llaman *preventivos*, porque se hacen á prevencion para el caso de fallecer sin haber otorgado testamento. Por consiguiente para su validez, atendiendo á la doctrina catalana, no es necesario que contengan reserva para testar (1).

Estos heredamientos se consignan en las capitulaciones matrimoniales en los siguientes ó parecidos términos: «*Si cualquiera de los otorgantes fallece sin haber otorgado testamento, sea heredero el primer hijo varon que de ambos hubiere nacido, y en falta de varones la primera hija. Si el llamado hubiere premuerto dejando sucesion, sea heredero su primogénito varon, y en su defecto su primera hija. Si el llamado hubiere premuerto sin dejar hijos ó repudiare la herencia, ó fuere heredero pero falleciere en la edad pupilar, ó siendo ya púber falleciere luego sin llegar á la edad de testar* (2), *pasará la herencia al segundogénito, con preferencia del*

---

(1) Véase el § 69.

(2) Esta cláusula significa *que si el hijo donatario muriere dejando hijos, y estos fallecieren luego ántes de la edad de testar, pase la herencia, etc.*

varon sobre las hembras, y guardándose las mismas prevenciones establecidas respecto del primogénito, y así sucesivamente. Concluyen con una cláusula ociosa, pero que redondea el heredamiento: *Si cualquiera de los dos consortes hiciere testamento no valga este heredamiento, pues no tiene otro objeto que el evitar el caso de ab intestato.*

El Tribunal Supremo ha reconocido la validez de estos heredamientos (1).

Como estos heredamientos no conceden ningun derecho, excepto para el caso de fallecer intestado el otorgante, se inscriben al realizarse este hecho. La Real órden de 24 de Octubre de 1871 previene que se verifique con sujecion á lo establecido en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, para el registro de los bienes y derechos reales adquiridos en virtud de *ab-intestato*. Para que pueda acordarse la inscripcion, el que la solicite presentará, con los documentos en que conste el heredamiento, los que acrediten el fallecimiento del otorgante *ab-intestato*, ó sin haber otorgado heredamiento á uno de los hijos que se hubiere casado, y las partidas de nacimiento y defuncion y el auto aprobando la informacion hecha ante el Juez municipal, que acrediten al solicitante como la persona llamada en primer lugar, conforme las cláusulas del heredamiento. Si á juicio del Registrador no resultaren probados los indicados extremos en la forma que las leyes determinan, se suspenderá la inscripcion, y haciendo constar en el título el defecto que contuviere se devolverá al interesado para que use de su derecho. Si éste se conformare con la calificacion del Registrador, lo manifestará en solicitud escrita, y se extenderá la oportuna anotacion preventiva con arreglo al art. 19 de la Ley Hipotecaria.

Segun la misma Real órden, el heredero preventivo podrá asimismo obtener la declaracion judicial de su derecho, conforme los artículos 368 y 375 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin que tengan aplicacion los arts. 351 y siguientes de la misma sobre la prevencion del juicio de *ab-intestato*. Los edictos que han de publicarse contendrán, además de los particulares que expresa el art. 368, las cláusulas de heredamiento, la fecha en que se otorgó y el nombre del notario autorizante. Registrada la declaracion judicial obtenida en esta conformidad, es aplicable á los bienes adquiridos, en virtud de heredamiento preventivo, la liberacion legal otorgada en el art. 382 de la Ley Hipotecaria.

§ 97. **Heredamientos prelativos: efectos que producen.**— Son los otorgados por los futuros esposos á favor de los hijos que tengan, para el caso de premoriencia de uno de ellos y de que el sobreviviente contraiga segundo enlace. Para esta eventualidad pactan

(1) Sentencias de 30 de Junio de 1859.

que nombrarán herederos á los hijos del primer matrimonio, con preferencia á los de igual sexo del segundo, cuya *prelacion* comunmente se expresa con las palabras: *Heredamos los hijos* (1) *de este matrimonio ántes que los nacederos de otro, á saber, hijos por hijos é hijas por hijas* (2), esto es, que si del primer matrimonio existen hijos varones, tendrán la preferencia sobre los varones del segundo enlace; que si del primero sólo hay hijas y del segundo varones, éstos podrán ser preferidos; y que si tanto del primero como del segundo sólo hay hijas, las del primero tendrán la preferencia (3). Los autores catalanes no exigen que contengan reserva para testar, pues no privan de la facultad de disponer por última voluntad.

Sólo producen el efecto de impedir que los bienes pasen á un hijo del segundo matrimonio, habiéndolos de igual sexo nacido del primer enlace (4), los cuales podrán reclamar la herencia del donador cuando éste la hubiere dejado á los hijos del segundo matrimonio. El donador puede disponer de los bienes á favor de un extraño, tanto por actos entre vivos (5) como *mortis causa* (6), con tal que no cometa fraude, es decir, que no oculte un favor dispensado á los hijos del segundo matrimonio. Por consiguiente, y con la excepcion que resulta de esta salvedad, los hijos del primer matrimonio no pueden oponerse á las ejecuciones que se hagan sobre los bienes de los padres (7).

Sin embargo, el Tribunal Supremo en una sentencia (8) consignó que no puede aceptarse como doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, para poder invocar su infraccion como base de un recurso, la de que los heredamientos prelativos no impiden que los padres puedan enagenar sus bienes ó disponer de ellos en favor de cualquiera que no sea hijo de segundo matrimonio.

Al hijo del segundo matrimonio que no sea preferente, no se le puede dar mayor cantidad de la que le corresponda por concepto de legítima, ó de la que segun la costumbre del lugar en iguales circunstancias no sea excesiva (9). El Tribunal Supremo (10) declaró cumplido

---

(1) Es decir, *Hacemos heredamiento á favor de los hijos*

(2) Cuando las capitulaciones se redactaban en catalan, se decia: *Que los fills ó fillas del present matrimoni, avans que d' altre matrimoni hajen ó sien heretats, só es, fills per fills y fillas per fillas.*

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos 9, Part. 4.ª, N.° 129.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. X, Ns. 15, 22, 26 y 30 á 34.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Ns. 169 y 170.

(5) Fontanella. *Eod.* N.° 29.

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 4.ª, N.° 139.

(7) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. X, Ns. 53 y 54.

(8) De 3 de Febrero de 1866.

(9) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 8.°, N.° 167 y sigs.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. X, Ns. 21 y sigs.—Véase muy especialmente la obra del Sr. Vives y Cebriá. Nota 1.ª al Tit. 2.°, Lib. VI, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(10) Sent. de 11 de Mayo de 1861.

un heredamiento prelativo por haber el cónyuge sobreviviente instituido heredero universal á un hijo varon del primer matrimonio, *siendo válido* el legado hecho á favor de los hijos del segundo matrimonio por no haberse probado que era excesivo.

Si por los términos con que se otorgó el heredamiento, ó por las reservas con que se hizo (como si el donador se reservó el usufructo para si y para su cónyuge, ó algunos bienes ó alguna cantidad á favor de su esposa en caso de viudez) (1) resultara que no solo tiene por objeto evitar que los hijos de segundo matrimonio sean preferidos á los del primero, sino que éstos sucedan en cualquier caso de igualdad de sexo, el heredamiento deberá considerarse absoluto á favor de dichos hijos, y no prelativo (2). La cláusula de prelacion añadida á un heredamiento puro á favor de los hijos en general, no le convierte en simplemente prelativo.

La inscripcion de estos heredamientos se practica en virtud de la primera copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales que, por las razones dichas al tratar de los heredamientos absolutos, el notario autorizante ha de remitir al Registro de la Propiedad. Produce el efecto de la inscripcion de una condicion rescisoria, pues efectivamente lo es de las disposiciones testamentarias del padre, contrarias á los términos de otorgacion del heredamiento.

CAPÍTULO 7.°

DE LA DOTE. (3)

SECCION 1.ª

NOCION DE LA DOTE CATALANA.

§ 98. La dote catalana es la de Roma. Consideracion que tiene la constituida por los padres.—En Cataluña existe la dote romana, pero hay importantes disposiciones concediendo á la mujer

---

(1) La prevision de la viudez de la esposa demuestra que el padre otorgante no atendió exclusivamente á las segundas nupcias que pudiera contraer.

(2) Véase Tristany, *Decis.*. Cap. 51, Ns. 9 á 32, 51 y 73.—Vives, Nota 1.ª al Tit. 2.°, Lib. VI, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña*.

(3) Antiguamente se llamó *axobar*. Véanse la Costumbre 22 de Pedro Albert (Tit. 30, Lib. IV, Vol 1.°), el Usatge *Si quis virginem* (Tit. 8, Lib. IX, Vol. 1.°) y el Capitulo 16 del *Epitome de la genealogia de los Condes de Barcelona*, inserto en la compilacion legal.

grandes derechos ó privilegios para asegurar la conservacion y restitucion del capital que aportó al matrimonio.

La dote constituida por los padres tiene la consideracion de anticipo de la legítima (1), por lo cual, en cuanto la representa se pacta á libre disposicion de la hija, y reversional en cuanto al exceso (2).

El extraño que constituye una dote puede hacerlo con el pacto de reversion de la totalidad. Así podrá verificarlo el hermano que de sus bienes dota á la hermana; pero nó cuando lo haga de bienes paternos, en cuanto á la legítima (3).

Las limitaciones impuestas por el padre ó madre en la constitucion de la dote, desaparecen si nombra heredera á la hija, ó le lega la misma dote. Tal es el efecto general del legado de liberacion (4). Si otra fuere la intencion del testador, deberá expresarla con palabras que no dén lugar á duda (5).

Al constituir una dote mayor que la legítima, á veces se pacta que la dotada sólo podrá testar de una parte (p. ej. de la mitad) en el caso de no tener hijos. En virtud de esta cláusula, si tuviere hijos podrá disponer de toda la dote; mas deberá hacerlo precisamente á favor de aquellos. No es necesario que la mujer disponga expresamente de la dote libre; basta la disposicion general de sus bienes (6).

SECCION 2.ª

CONSTITUCION DE LA DOTE; DOTE NECESARIA; BIENES EN QUE LA DOTE PUEDE CONSISTIR; EVICCION.

§ 99. ¿A quién se constituye? — Los padres ó el extraño que constituyen una dote lo hacen á favor de la desposada, para que ésta, á su vez, lo haga á favor del esposo. La hija acepta la donacion, é inmediatamente la constituye en dote á su futuro, ó actual esposo (7). Por razon de esta formalidad, si bien durante el matrimonio el marido es el único que puede exigir la entrega de la dote prometida, despues

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, Ns. 110 y 111.

(2) Id., Claus. V, Glos. 10, Part. 1.ª, Ns. 1, 18, 29, 31 y 32.

(3) Id., *Eod.*, Ns. 1 y 3, 8 á 12 y 27.

(4) Leyes del Dig. *De liberat. lega.* XXXIV, 3.

(5) Fontanella, *Eod.*, Ns. 41 á 45.

(6) Id. id., Ns. 61 á 67.

(7) En las capitulaciones matrimoniales se dice: *Los dichos N. y N. dan á su hija F., á título de donacion pura é irrevocable, la cantidad de ..... (ó las fincas tales...) para que la constituya en dote á su futuro esposo M.*

La mencionada F. acepta esta donacion y constituye en dote á M., su futuro esposo, (ó su esposo si el matrimonio ya está contraido) dicha cantidad de ....., dándole facultad para que la cobre, etc.

de su fallecimiento la mujer tiene para ello la accion resultante de la donacion á su favor otorgada (1).

§ 100. ¿Quién y cuándo puede constituir una dote? — En conformidad á las disposiciones del derecho romano, cualquiera puede constituir una dote, bien sea ántes ó despues de haberse celebrado el matrimonio de la favorecida.

§ 101. Obligacion de los padres de dotar á sus hijas. — El padre es quien en primer lugar ha de dotar á la hija, aunque esté emancipada, pues la Ley 7, Cod. *De dotis promis.*, V, **11**, y la **19**, Dig. *De rit. nup.*, XXIII, **2**, no fundan la obligacion del padre en la potestad que ejerza sino en el derecho natural, y así se ha considerado y se observa en Cataluña.

Debe tambien dotarla aunque sea rica, pues la dote es el anticipo de la legítima y de pública utilidad. Así lo declaró la antigua Audiencia (2).

Tanto debe constituirse dote á la hija que se casa, como á la que ingresa en órden religiosa, pero la entregada á la segunda debe restituirse en el caso de fallecimiento ántes de profesar (3).

Debe dotarse á la casada cuando no se hizo al contraer el matrimonio, á pesar de haberlo realizado con el consentimiento paterno, pues el objeto de la dote es el sosten de las cargas matrimoniales (4).

Fontanella dice (5) que cuando la dote se perdió sin culpa ó dolo de la hija, el padre ha de dotarla nuevamente. Esta opinion es muy poco fundada, pues nadie está obligado á cumplir dos veces una obligacion.

El padre no estaba obligado á dotar á la hija que sin su consentimiento contraia matrimonio, pues las Constituciones **2.ª**, **3.ª** y **4.ª** del Tít. **1.º** (*De sposalles y matrimonis*) Lib. V, Vol. **1.º** le quitaba los derechos á los bienes paternos y maternos, á no ser que dicha hija fuere mayor de veinte y cuatro años, y *no se le hubiese dado marido* (6). Pero se ha considerado que la Ley de disenso paterno y el Código penal derogaron dichas constituciones.

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, Ns. 33 á 41.

(2) Ley 7, Cod. *De dotis promis.*, V, 11.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, Ns. 110 y 111.

(3) Fontanella, *Eod.* Ns. 57 á 67. (Cita una decision de la Congregacion del *Concilio de Trento.*)=Comunmente no se entrega la dote hasta que la hija profesa.

(4) Por esta razon, y porque la dote sirve tambien para que el marido no desprecie á la mujer, lo decidió en esta conformidad la antigua Audiencia. (Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª Cap. 11, Ns. 33 y 36.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, Ns. 78 y 85.

(5) *Eod.* Ns. 70 á 75.

(6) Decian los autores que desde la mencionada edad los padres se constituyen en notoria negligencia.

La dote constituida por el padre se entiende que lo es de bienes propios (1), y por consiguiente si dicho padre administra bienes de la hija no se entenderá que á ellos se refiera (2).

Es principio admitido que el padre pobre no está obligado á dotar á la hija. Se deduce de las leyes que conceden el beneficio de competencia al padre en el cumplimiento de las obligaciones debidas á los hijos, y al donador en los bienes que donó (3). Sólo á los Tribunales corresponde la apreciacion de si el estado de fortuna del padre le permite dotar á la hija (4). Dice Fontanella (5) que el padre usufructuario de bienes de la hija y que carece de bienes propios, puede ser obligado por ella á que le entregue el usufructo, si el futuro marido no se contenta con la nuda propiedad perteneciente á la desposada, quedando á salvo el beneficio de competencia del padre.

§ 102. El heredero del padre ¿está obligado á constituir dote? — Dicen los autores catalanes (6) que la obligacion de dotar á la hija pasa al heredero del padre, el cual deberá cumplirla aunque aquella estuviere ya casada si no fuere rica, debiendo constituirle una dote superior á la legítima cuando esto proceda segun las reglas fijadas en el § 120, pues el heredero sucede al causante en sus obligaciones.

De la Ley 44 Dig. *De jure dot*, XXIII, 3, que concede accion á la hija para reclamar del heredero del padre el cumplimiento de la promesa de dotarla que éste le hubiese hecho, parece deducirse lo contrario.

§ 103. ¿Cuándo la madre está obligada á dotar á su hija? — La Ley 14 Cod. *De jure dotium*, V, 12, declara que la madre sólo está obligada á dotar á la hija en virtud de causa importante y probable, ó expresamente consignada en la ley (7). Consecuencia de lo primero es que la madre debe constituir dote á la hija cuando el padre sea pobre (8). En cuanto á lo segundo, sólo existe una disposicion (9) que impone á la madre herege la obligacion de dotar á la hija ortodoxa.

---

(1) Ley 7, Cod., *De dotis promis.*. V, 11.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, Ns. 7 á 15.

(3) Ley 12, Dig. De *donat.* XXXIX, 5.—Leyes, 16, *in fin*; 19, § 1; 30; y 50, Dig *De re judica.* XLII, 1.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, Ns. 38 y 39.

(5) *Eod.* N.º 40.

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 1.ª Ns. 48 á 55.— Montaner, en las adiciones al *Com. de actio.* de Óliba, Part. 2.ª, Lib. 1.º, Cap. 14, N.º 12.

(7) *Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa.*

(8) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 2.ª, N.º 5.

(9) Ley 19, Cod., *De hæreticis*, I, 5.

La dote constituida por la madre se imputará en la legítima materna de la hija (1).

§ 104. Los abuelos y hermanos no estan obligados á dotar. —Las leyes romanas (2) imponen á los abuelos paternos la obligacion de dotar á sus nietas; pero como la fundan en la patria potestad que aquellos ejercian sobre los descendientes de segundo y áun de tercer grado, deben considerarse derogadas por las disposiciones que declaran extinguida la patria potestad por el casamiento del hijo, y por consiguiente que la quitaron al abuelo.

Carece de todo fundamento legal la opinion de que el hermano rico debe dotar á la hermana que no recibe dote por ser pobres el padre y la madre (3).

§ 105. ¿De qué bienes los padres constituyen la dote?— —En Cataluña no se conoce la sociedad legal de gananciales; por consiguiente tanto el padre como la madre, al constituir una dote lo hacen de los bienes peculiares de cada uno. La ley 14 Cod., *De jure dot.*, V, 12, prohibe al marido que sin consentimiento de su esposa señale con bienes de ésta una dote á la hija (4).

Si el padre y la madre constituyen una dote á la hija sin precisar en qué parte lo hacen, se imputará la mitad sobre los bienes de cada uno de ellos. La falta de precision en la escritura de capitulaciones matrimoniales puede causar graves perjuicios.

En la comarca de Tarragona, en Tortosa y en el valle de Aran, donde existe la sociedad de gananciales bien pactada, bien legal, deberá entenderse que si los padres juntamente prometen una dote, lo hacen de las ganancias matrimoniales, y por consiguiente de ellas se deducirá al hacer la correspondiente liquidacion; lo cual, á más de derivarse de la índole de la sociedad de gananciales, es consecuencia de lo dispuesto en las leyes 65, § 1, y la 81, Dig. *Pro socio*, XVII, 2, segun las cuales si existe sociedad universal de bienes la dote de las hijas de los asociados debe constituirse con cargo á la sociedad.

§ 106. Que cosas pueden darse en dote por los padres. — Enagenacion de bienes sujetos á fideicomiso. — Es principio general el de que pueden constituirse en dote cualesquiera bienes ó derechos, incluso un crédito que se tenga contra el marido (5).

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 2.ª, N.º 6.
(2) Ley 6.ª Dig., *De collatione*, XXXVII, 6.
(3) Como supone Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V Glos. 3.ª, Ns. 11 á 39.
(4) *Neque pater de bonis uxoris suæ invitæ ullam dandi habeat facultatem.*
(5) Ley 46, § 1, Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.

El Tribunal Supremo ha declarado (1) que siendo la dote constituida por los padres una legítima, ó parte de ella anticipada y que en su dia ha de traerse á colacion, es potestativo entregarla en dinero ó en otros bienes, como el heredero del padre puede hacer para la satisfaccion de la legitima. Tambien declaró (2) que la promesa hecha por un padre en capitulaciones matrimoniales para el matrimonio de su hija de entregarle para dote una cantidad determinada, sin añadir condicion alguna de que la entrega se hará en bienes muebles ó raices, ó valores determinados, es una obligacion pura é incondicional de entregar en metálico la cantidad prometida.

En conformidad á lo dispuesto en el cap. 1.° de la Novela 39, la Auténtica *Res quæ*, Cod., *Commun. de legat. et fidei.* VI, 43, permite enagenar ú obligar las cosas sujetas á fideicomiso si los bienes libres (entre los cuales se cuenta la legítima que se tenga sobre los de fideicomiso) no bastan para constituir dote.

Adviértase (3) 1.° Que segun dicta la razon y prescribe la citada Novela, esto sólo se refiere á un fideicomiso ordenado por el abuelo, nó por un extraño.

2.° Que lo enagenado del fideicomiso, se carga ante todo en las cuartas legítima y trebeliánica.

3.° Que si el padre se enriqueciere, debe restituir al fideicomiso la cantidad obtenida de lo que enagenó para la dote. Si la hija se hiciere rica, ó muriese sin hijos, no deberá restituirse la dote al fideicomiso, pues subsiste la validez de la enagenacion

4.° Qué la facultad de enagenar para constituir dote procede tanto en el caso de ser tácita como en el de ser expresa la prohibicion de enagenar, pues la Auténtica *Res quæ* se funda en la presunta voluntad y mente del difunto y en un motivo de pública utilidad, á no ser que el abuelo prohibiera expresamente la enagenacion para dote.

5.° Que puede hacerse la enagenacion para los aditamentos de la dote, como para los vestidos nupciales, á no ser que se hiciese dolosamente para destruir el fideicomiso.

6.° Que no puede hacerse por el desposado para constituir un aumento de dote á su esposa.

La Auténtica *Res quæ* se aplicaba á los mayorazgos. Si sus rentas eran pingües, con ellas debia dotarse á la hija.

Para los efectos del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la enagenacion de dichos bienes habrá de hacerse con intervencion del fidecomisario, ó en virtud de providencia ejecutoria.

---

(1) Sents. de 19 de Diciembre de 1862, y de 4 de Mayo de 1866.
(2) Sent. de 20 de Junio de 1868.
(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 2.ª, Part, 2.ª Núms. 6 á 111.— Peguera.—Caps. 104 y 118.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.°, Ns. 161 y sigs.

§ 107. Constitucion de dote á la hija natural. — Cuanto hasta aquí se ha dicho, se refiere á las hijas legítimas. No derivando de la patria potestad la obligacion de dotar, y teniendo los padres la de alimentar á sus hijos naturales, la hija que tenga este carácter podrá reclamar la constitucion de una dote, proporcionada á los alimentos que se le deben (1).

§ 108. Consideracion de la dote constituida por los padres en cuanto á la mujer. Id. en general respecto del marido.— Ya por la obligacion que tiene la persona que constituye una dote necesaria, ya porque se dá para coadyuvar al sosten de las cargas matrimoniales, en Cataluña siempre se ha considerado á título oneroso respecto de la mujer (2). Respecto del marido lo es en todos casos, y las leyes romanas le señalan el carácter de *datio ob causam.*

Esto no impide que en cuanto perjudique la legítima de los demás hijos, áun en vida del marido pueda ser impugnada por inoficiosa (3).

§ 109. Constitucion de dote por los curadores. — El curador de una menor debe constituir la dote con los bienes propios de ella (4), pero necesita autorizacion judicial para dar inmuebles en dote estimada (5). Tambien el curador de un incapacitado dotará las hijas de éste (6).

La Ley 61, Dig., *De jure dotium*, XXIII, 3, dispone: 1.° Que no valga la constitucion de la dote en cuanto exceda del haber de la dotada; 2.° Que si la menor tiene créditos, con ellos los curadores constituirán la dote, entregando los títulos de los créditos; á no ser que el futuro marido se negase á aceptarlos y no fuese fácil que la menor contraiga otro enlace, en cuyo caso los curadores deberán solicitar la correspondiente autorizacion judicial para vender aquellos y con su precio constituir la dote.

§ 110. Constitucion de dote por el violador, estuprador y raptor.— Segun el N.° 1.° del Art. 464 del Código penal, los reos de violacion, estupro ó rapto serán condenados, por via de indemnizacion, á dotar á la ofendida si fuere soltera ó viuda.

---

(1) Véase Fontanella. *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 8, Part. 1.ª, Ns. 72 á 77.

(2) Fontanella (*De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 1.ª N.° 44) refiere una sentencia que consideró á título gratuito el exceso sobre la legítima, y por consiguiente revocable por ingratitud; pero añade que era contraria á otras declaraciones de la misma Audiencia de Cataluña.

(3) Véase Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 3.ª, Ns. 21 á 26.

(4) Ley 7, Dig. *De tutor. et curat. dat. ab his.*; XXVI, 5. — Ley 12, § 13, y Ley 25, Dig. *De adminis. tutor.*, XXVI, 7.—Ley 9, Cod. *Eod.*, V, 37.—Leyes 60 y 61 Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.— Ley 18, Cod. *Eod.* V, 12.

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos, 7, N.° 24.

(6) Ley 5, § 3. Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.— Ley 25, Cod., *De nupt.*— Ley 28, Cod., *De episcop. audien.*, I, 4.

Segun el Art. 463 el perdon expreso ó presunto de la parte ofendida extingue la accion penal y la pena si ya se hubiere impuesto al culpable, no presumiéndose el perdon sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor.—Por consiguiente la ofendida puede optar entre el matrimonio, ó reclamar la pena y la constitucion de una dote.

Estas disposiciones son conformes al espíritu del Usatge *Si quis virginem* (1), que completado por las disposiciones del derecho canónico (2) se observaba en Cataluña.

Esta dote debe fijarse segun la calidad de la ofendida, el caudal del ofensor y la costumbre del lugar, de modo que, en lo posible, supla el descrédito de la ofendida para hallar un marido á su posicion social (3).

La dote que dé el ofensor no revierte á él aunque la ofendida fallezca sin haber contraido matrimonio, y pasa á los herederos de la segunda (4).

Dice Fontanella (5) que cuando el estuprador dota á la desflorada, el padre no está obligado á dotarla, y cita una ley del Digesto que no existe (6). Pero aunque así fuere, la hija no perderia el derecho de pedir la legítima á la muerte del padre.

§ 111. Constitucion de dote por la mujer.—La mujer emancipada puede constituir en dote todos sus bienes, presentes y futuros; ó los presentes, ó parte de ellos (7). Si fuere menor, será necesario que intervengan los curadores, como se ha dicho en el **§ 109**.

§ 112. ¿Quién puede reclamar la dote?—Tiene accion para reclamar la dote la persona á cuyo favor se ha constituido, la cual en Roma podia ser el padre ú otra persona extraña al marido, siempre que éste consintiese y fuese en su utilidad (8).

En Cataluña cuando en virtud de pacto consignado en las capitulaciones matrimoniales el hijo á quien se otorgaba heredamiento debia continuar viviendo en la casa paterna, y el padre se comprometia á sostener las cargas del nuevo matrimonio y cumplia esta obligacion, era éste quien debia cobrar la dote, por más que se hubiese constituido al hijo (9). Pero aunque la dote sea realmente percibida por el padre del marido, y sea el primero quien constituya la oportuna hipoteca, sólo el segundo podrá reclamarla, porque toda obligacion debe ser exigida por

---

(1) Tit. 8.°, Lib. IX, Vol. 1.°
(2) Decret. Cap. 1. *De adult.*, V, 16.
(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 5, Part. 1.ª, N.° 16; y Claus. V, Glos. 8, Part. 1.ª, Ns. 91 y 92.
(4) Cancer, *Var., resol.* Part. 3.ª, Cap. 11, N.° 133.—Fontanella, *Eod.*, Ns. 95 á 102.
(5) Id. N.° 42.
(6) Ley *Dedit dotem*. Dig. *De collatione*.
(7) Véase el § 106, apartado 1.°
(8) Ley 46, Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.—Ley ult. Cod. *De dot. cauta, non num.*, V, 15.
(9) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus VI, Glos 1.ª, Part. 1.ª, N.° 42.

la persona á cuyo favor se constituyó, y que tomó parte en el contrato particular que la creó. Por esta razon el marido es quien ha de otorgar la escritura de carta de pago, indispensable para purificar la inscripcion y constitucion de la hipoteca (1).

§ 113. De la dote estimada y de la inestimada.—Este punto se regula por las disposiciones romanas, completadas por la Ley Hipotecaria (2). Sobre las circunstancias que hacen estimada ó inestimada una dote, puede consultarse la obra *De pactis nuptialibus*, de Fontanella (3).

§ 114. Laudemio en el caso de dote estimada «venditionis causa».—Fuera de Barcelona y de su huerto y viñedo, se debe laudemio por la constitucion en dote estimada de una finca enfitéutica. Si durante el matrimonio se restituye á la mujer, deberá pagarse otro laudemio (4).

§ 115. Eviccion por la dote.—Segun las leyes romanas, procede la eviccion cuando la dote sea estimada *venditionis causa* (5). Mas procederá tambien cuando sea inestimada, ó estimada *restitutionis causa* en cuanto represente la legítima, siempre que esté constituida por los padres ó por sus herederos (6). Los bienes parafernales responden por eviccion de la dote constituida por la misma mujer (7).

SECCION 3.ª

CUANTÍA DE LAS DOTES Y RENUNCIAS HECHAS POR LA HIJA CON MOTIVO DE LA CONSTITUCION DOTAL.

§ 116. Libertad que existe en Cataluña.—En Cataluña no hay disposicion alguna que precise la cuantía de la dote (8). Sólo existe

---

(1) Ley *Hipotecaria* Arts., 16, 142 y 169.

(2) Arts. 169, 172, 174 y 177.

(3) Claus. V, Glos. 9.ª, Part. 13, Ns 26, 28 á 41, 44 á 60 y 62 á 77.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 8.ª, Part. 13, N.º 22.—Véase en el Libro II de estas *Instituciones*. el Titulo de la Enfiteusis.

(5) Ley 1.ª, Cod. *De jure dot.*, XXXIII, 3.—Leyes 16; 34; 44, § 1.º; y 52 Digesto, *Eodem*, XXIII, 3.—Ley 49, § 1.º Dig. *Soluto matri.*, XXIV, 3.—Ley única § 1.º Cod. *De rei uxor actio*, V, 13.

(6) Fontanella, Claus. V, Glos. 8.ª, Part. 13, N.º 23; y las mismas Claus. y Glos., Part. 14, Ns. 20 á 24.

(7) Ley 16, Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.—Ley única § 16, Cod. *De rei uxor actio.*, V, 13.

(8) Fontanella (*De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, N.º 21) dice que las Córtes de Barcelona de 1599 trataron de refrenar los abusos que se cometian dando dotes excesivas; que se quiso fijar un límite, pero que muchos individuos de las Córtes se opusieron, fundándose en que las hijas no han de ser de peor condicion que los hijos, á los cuales puede donarse libremente por causa de matrimonio; y que continuó la libertad existente.

la limitacion de que no perjudique la legítima de los otros hijos (1). El Tribunal Supremo ha reconocido la libertad (2).

§ 117. **Dote constituida en fraude de los acreedores.** — La constitucion de dote en fraude de los acreedores puede impugnarse por estos (3).

El art. 1,039 de Código de Comercio reputa fraudulenta, y declara ineficaz de derecho con respecto á los acreedores, las dotes constituidas de bienes propios á las hijas por el comerciante en los treinta dias precedentes á su quiebra. Segun el 1,040 podrán anularse á instancia de los acreedores, mediante prueba de haberse obrado en fraude de sus derechos, las constituciones dotales ó reconocimientos de capitales hechos por un cónyuge comerciante á favor del otro cónyuge en los seis meses precedentes á la quiebra, sobre bienes que no fueren inmuebles de abolengo, ó los hubiere adquirido y poseido de antemano el cónyuge á cuyo favor se haga el reconocimiento de dote.

§ 118. **Dote inoficiosa.**—Es inoficiosa la dote que perjudica los derechos legitimarios de los demás hijos. La ley única del Cod. *De inoffici. dotibus*, III, 30, á ejemplo de lo establecido para el testamento inoficioso, concede la *querella de dote inoficiosa* para el caso de una dote constituida por la madre al contraer segundas nupcias. —En general procede en los mismos casos y produce los mismos efectos que la de *donacion inoficiosa.* Se deduce durante el matrimonio contra el marido

---

(1) Véase el § 118.

El Sr. Vives y Cebriá, en la nota primera del Tit. 3.°, Lib. V, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña*, dice: «Tal vez deberian observarse ahora en el Principado »las leyes 6.ª y 7.ª Tit. 3.°, Lib. 10 de la *Novísima*, porque si bien son anteriores »al decreto de Nueva Planta, no obstante se mandaron observar en el cap. 25 de »la Real pragmática de 5 de Noviembre de 1723, que es la ley 8.ª de dicho Tit. y »Lib., en la cual no se excluye provincia alguna, ni de otra parte está en contra»diccion con la ley del Principado..... Esto debe entenderse precisamente en »cuanto á las dotes.» — La apreciacion del Sr. Vives se desvanece, recordando el principio de interpretacion de que no existiendo la razon de la ley ésta no puede aplicarse. En Cataluña, la legítima es la excepcion: la libre disposicion el principio general. En Castilla la legítima consiste en la casi totalidad de los bienes igualmente repartidos entre los hijos; la parte de que el padre puede disponer es limitadísima, y la ley señala el destino que debe darle, que respecto del tercio es á favor de los hijos, *mejorando* á uno ó á varios. La legislacion castellana de antiguo prohibe *mejorar* á los hijos por razon de matrimonio, ya expresa. ya tácitamente. Para evitar que se hiciese del segundo modo, se publicaron las leyes citadas por el Sr. Vives y conocidas con el nombre de *Pragmática de Madrid*, disponiendo que no pudiese mejorarse á las hijas por ninguna manera de contrato entre vivos, no siendo válida la promesa de mejorarlas por via de dote ó casamiento.

(2) Sent. de 21 de Diciembre de 1877.

(3) Ley 14 *in fin*, y Ley 25 § 1, Dig. *Quæ in fraudem credi.*, XLII.—Véase Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 8.ª Parts. 6.ª y 7.ª

que ha recibido la dote excesiva; y despues de la disolucion contra los que conservan la dote, ó pueden reclamar la restitucion.

Fontanella consagra á este punto toda la Part. 2.ª de la Glos. 8, Cláusula V de su obra *De pactis nuptialibus*. Véase tambien la Part. 8.ª de la misma Glosa.

Puede pedir la rescision el hermano menor de edad que dió á la hermana mayor dote que la legada por el padre, ó que excediendo de la legítima produzca notable lesion, ó que por ignorancia dotó á la ya dotada (1).

El hermano mayor de edad podrá instar la rescision cuando hubo lesion *ultra dimidium*, ó error de hecho manifestado al cumplir la voluntad del padre (2), ó si tiene otras hermanas y no le queda lo suficiente para dotarlas como se debe.

§ 119. La dote á veces es mayor que la legitíma, y á veces menor. Efecto de las renuncias que en este caso haga la hija: disposicion canónica.—Aunque en Cataluña la dote tiene la consideracion de un anticipo de la legítima, no solo puede ser mayor que ella sino tambien menor (3).

Comunmente la hija se da por satisfecha con la que se le promete y renuncia á ulterior pretension, con lo cual no puede pedir suplemento de dote (4). Pero si ésta fuere menor que la legítima, despues de la muerte del padre que la constituyó podrá pedir el suplemento (5). Dice Fontanella (6) que si la menor dotada por sus padres consintiere en gravámenes que liguen el destino de la dote, puede impugnarla por la *restitucion in integrum* en la parte que representa la legítima. Si pasare el tiempo de poderla pedir, al fallecer el padre tendrá expedita la accion de suplemento de legítima para reclamar la liberacion en cuanto sea menester, y la entrega de otros bienes, si con la liberacion no le quedase satisfecha la legítima (7).

Si la dote fué constituida por el padre en su nombre y en el de la madre, y la hija dándose por completamente satisfecha de sus dere-

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 8, Part. 8.ª, Ns. 22, 24 y 25.

(2) Fontanella, *Eod.*, N.º 23.

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 8.ª, Part. 1.ª, Ns. 6 y 38 citando la Auténtica *Res quæ*, Cod. *Commun. de legat*, VI, 43.

(4) Fontanella, *Eod.*, Ns. 18, 19 y 20; y Claus. IX, Glos. única, Part. 1.ª, N.º 17.

(5) El Tribunal Supremo en 3 de Noviembre de 1876 declaró que el principio *Pacta sunt servanda* no se infringe por la sentencia que no da valor á una renuncia hereditaria, si en las capitulaciones matrimoniales no se hizo renuncia de derecho alguno.

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 8.ª, Part. 8.ª N.º 18.—Del caso en que hubiese mediado juramento, se ocupa extensamente Fontanella en la Claus. IX, Glos. única, Part. 2.ª

(7) Véase el considerando 3.º de la sent. de 21 de Enero de 1874.

chos paternos y maternos renunciare á ulteriores pretensiones, no producirá efecto la renuncia en cuanto á los derechos maternos si solo se le entregaren bienes paternos (1). En caso de duda, se presumirá que sólo se entregó la dote de los bienes paternos, por cuya razon al constituirla será muy conveniente determinar la cantidad que respectivamente se da en concepto de bienes paternos y maternos (2).

Muy frecuentemente el padre y la madre intervienen en la otorgacion de las capitulaciones matrimoniales, y de consuno dicen que dotan á su hija en *tal* cantidad, en concepto de bienes paternos y maternos. Entonces debe entenderse que la mitad es dote constituida por el padre y la otra mitad constituida por la madre; y como puede suceder que los bienes de ambos sean muy desiguales, resultará facilmente una lesion en la legítima, ya paterna ya materna, en cuyo concepto procederá la accion de suplemento; extremo que facilmente se evitará precisando la cantidad que promete ó entrega cada uno de los padres.

La renuncia de la legítima puede rescindirse cuando la dote lesione la legítima paterna ó materna. Este principio (3) es indiscutible: lo sientan Peguera (4), Cancer (5), Fontanella (6) y Vives; y el Tribunal Supremo lo ha aplicado en varias sentencias (7). La accion para pedir la rescision y el consiguiente suplemento de legítima, á tenor del Usatge *Omnes causæ*, prescribe á los 30 años contados desde la muerte del padre (8).

Para determinar la entidad de la lesion, y por consiguiente el importe del suplemento de legítima, se atenderá á la cuantía de los bienes del padre ó madre, al tiempo de su fallecimiento (9).

Para que prospere la accion rescisoria de la renuncia, el Tribunal Supremo exige que el renunciante pruebe que ha sufrido lesion enorme ó enormísima (10); hecho que deberá ser apreciado por los Tribunales (11).

---

(1) A tenor de lo dicho en el § 101, apart. 7.º,

(2) Fontanella, *Eod.*, Ns. 5 á 14.

(3) Conforme á las disposiciones romanas de las Leyes 10, § 1; 23 y 25 Dig. *De inoff. testa.*, V, 2, y Novela 28, Cap. 3.º; Ley 32, Cod. *De inoff testa.*, III, 28.

(4) *Decis.*, Cap. 137.

(5) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 15.

(6) *De pactis nup.*, Claus. IX. Glos. única, Part. 1.ª, Ns. 25 á 28 y 43 á 55. Dice que existen infinitas sentencias del Senado. ó antigua Audiencia que lo declaran. —Véase tambien la parte 2.ª de la misma Glosa, Ns. 8 y 9.

(7) De 9 de Noviembre y 1.º de Diciembre de 1863; 21 de Octubre de 1865; 13 de Marzo, 15 y 21 de Diciembre de 1866.

(8) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3, N.º 16.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IX Glos. única. Part. 1.ª, Ns. 29 á 75—Sent. del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1863.—La de 22 de abril de 1875 dice que es indispensable fijar como base la cuantía del caudal hereditario.

(9) Sent del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1873.

(10) Sents. de 12 de Junio, 3 y 9 de Noviembre de 1863, y 24 de Setiembre de 1875.

(11) Competencia de 13 de Marzo de 1866; Sent. de 24 de Setiembre de 1875.—Fontanella *De pactis nup.*, (Claus. IX, Glos. única. Part. 1.ª Ns. 25 á 28) y otros autores ya decian que no podia darse una regla fija para estimar la lesion.

El mismo Tribunal, en sentencia de 19 de Abril de 1875, aplicando la Ley 38, Cod. *De transac.* II, 4, consideró que las palabras *nullo dato vel retento seu promisso,* aplicadas á *contrario sensu,* constituian en aquel caso una transaccion, y por consiguiente que por lesion en ella no se podia pedir suplemento de legítima.

Si el padre fallece intestado la hija le sucederá con los demás hijos, sin que, en nuestro concepto, sea necesario que logre la rescicion de la renuncia á los bienes paternos en el caso de no haberse reservado el derecho de suceder *ab intestato* (1), pues aquella renuncia no puede referirse á una sucesion deferida exclusivamente por la ley, ya que tiene por objeto dejar al padre en completa libertad para disponer de los bienes á favor de los demás hijos.

La renuncia de los bienes de los padres no comprende los de los hermanos, aunque procedan del padre que constituye la dote; ni la de aquellos, que si bien poseidos por el padre, corresponderán al hijo por vínculo (2) ó fideicomiso.

Se destruirá la renuncia cuando habiéndose hecho bajo la condicion de que la dote se entregaria dentro de cierto tiempo, transcurriese el plazo sin haberse efectuado el pago (3).

De suma trascendencia es la disposicion del derecho canónico contenida en el Cap. 2.° *De pactis*, *In* 6.° *Decretalium,* I, 18, observada en Cataluña. Segun ella la hija, puede renunciar bajo juramento á reclamar de los bienes de sus padres cualquier otra cosa que la dote constituida en aquel acto. Entonces siempre que el juramento se haya prestado sin fuerza ni dolo, nada más podrá pretender la hija, y por consiguiente no podrá reclamar suplemento de legítima.

Para los efectos de esta decretal, siempre se ha presumido en Cataluña que la lesion enorme implica dolo (4). En estos casos de escepcion debe pedirse al Tribunal eclesiástico la relajacion del juramento, sin la cual no podrá prosperar la demanda (5).

Los hijos de la dotada pueden accionar contra de la renuncia hecha por su madre, sin necesidad de que á ésta se le hubiese absuelto del juramento (6) ni de que ellos lo pidan, pero han de lograr del Tribunal

---

(1) Véase Fontanella *Eod.*, N.° 42.

(2) Fontanella, *Eod.*, Ns. 76 á 79.

(3) Fontanella, (*Eod.*, N.° 83). considera esta renuncia como una cláusula penal, y en consecuencia opina que si el padre no cumple la condicion queda expedito á la hija el derecho para reclamar la dote prometida, en cuyo caso se considerará eficaz la renuncia, ó para reclamar la constitucion de otra dote adecuada.

(4) Cancer. *Var. resol.* Part. 3.ª, Cap. 15, Molino. *De ritu nup.*, Lib. III, Quest. 80, N.° 27, y toda la Quest. 96.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IX, Part. 1.ª, Ns. 1, 2, 3 y 74.—Esta doctrina está conforme al espíritu de varias leyes del Cod. *De dolo malo.* II., 21.

(5) Sents. del Tribunal Supremo de 1.° de Diciembre de 1863; 21 de Diciembre de 1866, y 19 de Junio de 1868.

(6) Pues la madre no les liga con el juramento —Véanse Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 15, N.° 44.—Molino, *De ritu nup.*, Lib. III. *Quæst.* 84.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IX, Glos. única, Part. 1.ª, Ns. 52 á 65.

eclesiástico la declaracion de que puedan accionar sin necesidad de la absolucion (1). Véase la seccion 2.ª del Cap. 1.° Tit. 2.°, Lib. III de estas *Instituciones*, donde se expone la legislacion canónica y la doctrina sobre ella fundada acerca el vínculo que produce el juramento promisorio.

§ 120. Reglas para determinar la cuantía de la dote en los casos de resistirse el padre á dotar á su hija, de reclamar ésta más dote, y en los demás análogos que pueden ofrecerse.— Debemos atender á los principios esparcidos en la legislacion romana.

Segun la Ley 60 Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3, el curador ha de constituir la dote de la menor *ex facultatibus et dignitate mulieris maritique.*—La 43 Dig, 3.° *De legatis*, XXXII, dice que el tutor á cuyo arbitrio el padre dejó la constitucion de la dote á las hijas, deberá hacerlo atendiendo á la dignidad, haberes y número de hijos dejados por el testador.—Segun la Ley 69, § 4. Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3 cuando el suegro hubiese prometido al yerno que le daria una dote en la cantidad que le pluguiese, deberá hacerlo segun el haber del padre y la dignidad del marido.—Segun la Ley 28, Cod. *De episcopali audientia*, I, 4, la dote de las hijas de un demente debe fijarse pòr el juez atendiendo á la calidad de las personas, y á que no sea excesiva.— Sabido es que la dote se dá para sostener las cargas matrimoniales, como se expresa en la Ley 7, proe. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3 y en la 20 Cod., *Eodem*, V, 12.

Atendiendo á los anteriores principios, á la dote dada á otras hijas (aunque puede señalarse mayor ó menor, segun las circunstancias de haber y personas) y á la costumbre del país (2), el Juez prudencialmente fijará la dote, ó estimará la congruencia de la ya constituida (3).

---

(1) Así deben interpretarse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Marzo de 1867, segun la cual « no puede admitirse como cierta la doctrina mencionada por »Vives, con referencia á Cancer, de que los nietos puedan pedir *ex persona* el su»plemento de la legítima que correspondiera á su padre si viviese, aun cuando »éste haya renunciado con juramento á toda otra cantidad »; y la de 22 de Febrero de 1879, que declara indispensable la relajacion del juramento por la autoridad eclesiástica para que los hijos puedan combatir válidamente la renuncia jurada hecha por su madre al derecho de pedir suplemento de legítima.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 8, Part. 1.ª, Ns 21, 22, 36, 41 y 42.

(3) Fontanella, *Eod.*, N.° 2, donde cita fallos de la antigua Audiencia. El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Diciembre de 1867, declaró: Que si bien las leyes que rigen en Cataluña imponen á los padres la obligacion de dotar á sus hijas, no hay disposicion alguna que fije la cantidad á que deben ascender las dotes, ni la manera en que indispensablemente hayan de cumplir aquellos con el expresado deber; y que reservado al arbitrio judicial el determinar cuanto se relaciona con ambos puntos, ha de estarse á la apreciacion de la Sala sentenciadora cuando contra ella no se alegue que al hacerlo se ha infringido alguna ley ó doctrina legal.

Debe atenderse al tiempo de constituirse la dote, y por consiguiente el padre no está obligado á aumentarla si han aumentado sus bienes (1).

La hija dotada insuficientemente, y que no renuncia á ulterior pretension, puede reclamar aumento de dote (2).

§ 121. **Cuantía de la dote de la hija que entra en religion.** Está determinada por la suficiencia para el ingreso en la religion, es decir, cuando sea la que se acostumbra dar á las religiosas del convento; mas el padre no podrá reclamar la devolucion del exceso á la hija viuda que se haga religiosa (3).

Segun los autores catalanes, si á la que ingresa en religion se le hubiere hecho un legado para el casamiento, podrá reclamarlo (4) á no ser que de las palabras usadas por el testador se desprenda claramente que sólo se refirió al matrimonio carnal (5).

§ 122. **Cuantía de la dote debida á la hija natural.**—Está determinada por la equivalencia al capital de los alimentos.

SECCION 4.ª

DOMINIO DE LA DOTE, INSCRIPCION Y ENAGENACION DE LOS BIENES DOTALES.

§ 123. **Interpretacion del derecho romano. Disposiciones de la ley hipotecaria.**—El derecho romano considera al marido dueño de la dote, y le concede la accion reivindicativa; pero tambien declara que la mujer es su dueña. Fontanella (6) al distinguir el dominio civil que tiene el marido del natural que conserva la mujer, dice que el primero es dueño en cuanto al derecho de administracion y percepcion de frutos, que tiene un dominio revocable, y que en Cataluña se entiende que en los contratos sobre las cosas dotales, que necesitan la intervencion de ambos cónyuges, el marido interviene en concepto de usufructuario y la mujer como propietaria, habiéndolo declarado así la antigua Audiencia.

Estando en suspenso el dominio civil de la mujer durante el matri-

---

(1) Fontanella, *Eod.*, Ns. 8 y 9, citando tambien fallos.
(2) Fontanella, *Eod.*, Ns. 11, 12, 13 y 19.
(3) Fontanella, *Eod.*, Ns. 48 y 53 á 60; y Claus. IX, Glos. única, Part. 1.ª, Ns. 67 y 68.
(4) Fontanella, *Eod.*, Ns. 61, 62 y 63.
(5) Fontanella, *Eod.*, Ns. 64 y 65.
(6) *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 1. Part. 2

monio, contra ella y sus herederos no corre el tiempo de la prescripcion ordinaria ni extraordinaria en las cosas dotales (1).

Mas todo esto se refiere á la dote no estimada *venditionis causa*, pues el dominio de los bienes dados en estimacion que cause venta, es del marido; en este caso mientras el marido retiene la dote, está formada por un crédito contra sus bienes.

El marido tiene la consideracion de dueño de la dote no estimáda *venditionis causa;* y es dueño de la que tenga este carácter, desde que hay la tradicion, nó ántes, segun la Ley 20, *Digesto De pactis*, II, 3.°. La tradicion ha de ser real (2) y se presume por la posesion (3).

En virtud de la consideracion de dueño civil de la dote que tiene el marido, á él deberán reclamarse los créditos que existan contra los bienes dotales (4).

Por la misma razon tiene el derecho de presentacion de los beneficios vacantes anexos á las cosas dotales (5).

Segun la Ley Hipotecaria, los inmuebles que constituyan la dote inestimada se inscribirán en el Registro como propios de la mujer (6).

Los muebles se apreciarán con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de la restitucion; mas sin que por ello pierda dicha dote su calidad de inestimada, si fué calificada así en la escritura dotal (7).

En cuanto á la inscripcion de los bienes que constituyan dote estimada, véase la referencia contenida en la seccion 7.ª de este capítulo.

§ 124. Enagenacion de los bienes dotales: disposicion del Recognoverunt. — La Ley Hipotecaria reformada dispone que los bienes dotales hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, segun la dote sea estimada ó inestimada, no se podrán enagenar, gravar ni hipotecar en los casos en que las leyes lo permitan, sino en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, y quedando á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitucion de los enagenados ó gravados, ó los primeros que adquiera cuando carezca de ellos al tiempo de verificarse la enagenacion ó de imponerse el gravámen.—Si cualquiera de los

---

(1) Ley 30, Cod., *De jur. dot.*, V, 12.—Ley 1, § 2, Cod. *De annali excep.*, VII, 40.—Ley 1.ª y *Authen.* sig. Cod., *De bon. matern* VI., 60.—

(2) Cancer, *Var.*, *resol.* Part. 3.ª Cap. 4.° N. 30.—Fontanella *De pactis nup.*, Claus VI., Glos. 1.ª Part. 2.ª Ns. 1 á 4. Claus, VI, Glos. 2.ª, Part. 6.ª, N. 2.

(3) Fontanella, Claus. VI, Glos. 1.ª, Part. 2.ª, N. 8.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus., VI, Glos. 1.ª Part. 3.ª Ns. 14, 15 y 16.

(5) Fontanella, *Eod.* Ns. 1 á 11.

(6) Arts. 169 y 173 de la Ley *Hipotecaria*.

(7) Art. 177 de la misma Ley.

cónyuges fuere menor de edad, se observarán en la enagenacion de dichos bienes las reglas establecidas para este caso en la Ley de Enjuiciamiento civil.—Si la mujer fuere la menor, el Juez ó el tribunal que autorice la enagenacion cuidará de que se constituya la hipoteca de que trata el inciso primero de este párrafo (1). Añade (2) que los bienes pertenecientes á dote inestimada, inscritos con esta calidad, se sujetarán para su enagenacion á las reglas del derecho comun y á las prescritas en el Art. 188, sin perjuicio de la restitucion de la dote cuando proceda.

Segun las disposiciones de los derechos canónico (3) y romano (4), los bienes dotales inestimados no pueden enagenarse ni gravarse por el marido sin el consentimiento expreso y jurado de la mujer.

Dicen los tratadistas (5) que por benignidad se concederá la restitucion á la mujer contra la enagenacion consentida bajo juramento, en el caso de quedar indotada completamente, ó en la mayor parte; pero deberán observarse las disposiciones canónicas sobre la necesidad de la relajacion del juramento.

La Ley 2.ª Cod. *De fundo dot.*, V, 23, dispone que cuando el marido posea en comun con otros una finca que recibió en dote inestimada, puede tomar parte en el juicio divisorio que promueva un comunero.

A su vez la mujer no puede enagenar la finca dotal sin el consentimiento del marido (6).

Dice Fontanella (7) que, si bien las Leyes 1.ª Dig. *De fundo dot.*, XXIII, 5, y la 13. Dig. *Famil. ercis.*, X, 2, permiten la enagenacion por causa necesaria, en Cataluña es muy raro que se conceda el permiso si la mujer queda indotada.

En utilidad de la mujer, la finca dotal puede permutarse haciéndose dotal la recibida en cambio (8).

Respecto de Barcelona y demás ciudades que gozan del *Recognoverunt proceres*, el Cap. 10 de este privilegio dispone que el fundo dotal puede enagenarse mediante el consentimiento de la mujer, prestado con juramento.

Segun el Cap. 11, la mujer que se obliga junto con el marido en los contratos de mútuo ó de depósito, no está obligada á pagar mientras

---

(1) Art. 188.

(2) Art. 191.

(3) Cap. 2.° *De jure juran.*, in 6.° *Decret.* 11, 11. Exige el juramento de la mujer.

(4) Ley única, § 11, Cod. *De rei uxor actio*, V. 13; Ley 13, Dig. *De fundo dot.* XXIII, 5. (Vid. Cancer, Part. 1.ª Cap. 9, Ns. 124 y 125.

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 13, N.° 27.

(6) Ley 23 Cod. *De jure dot.*, V, 12.—Ley 62, Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.

(7) Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 13, N.° 39, y la misma Cláus. Glos. 2.ª, Part. 7.ª N.° 35.

(8) Ley 26 y 27 Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.—Véase el Art. 188 de la Ley *Hipotecaria*.

basten los bienes del marido, y en falta del marido está obligada á la mitad.

§ 125. **«Periculum» de la dote.**—Los aumentos ó disminuciones de la cosa dotal inestimada, ceden en beneficio y en contra de la mujer (1).

SECCION 5.ª

DISFRUTE DE LA DOTE.

§ 126. **Requisitos necesarios para que el marido disfrute de la dote.**—1.º Matrimonio celebrado; 2.º Sosten de las cargas matrimoniales; 3.º Dote entregada.

I. Hasta que el matrimonio se ha celebrado, no tiene el marido el goce de la dote.

En el matrimonio putativo, el marido que lo contrajo de buena fé, hace suyos los frutos como poseedor de buena fé (2).

Los frutos ordinarios y extraordinarios que perciba el marido ántes del matrimonio ó despues de su disolucion, acrecen á la dote (3).

Los herederos del marido, aunque vivan en compañía de la mujer, sólo hacen suyos los frutos de la dote á *prorata* de los alimentos que dén á la viuda: pero esto no procede durante el año de luto (4).

II. Como el sostenimiento de las cargas matrimoniales es el objeto de la dote (§ 120), el marido será dueño de sus frutos mientras sostenga debidamente á la esposa é hijos, pudiendo disponer del sobrante de ellos (5).—Acrecen á la dote durante el tiempo que el marido no sostiene las cargas del matrimonio, pero los hace suyos cuando la mujer por recreo está en la casa de sus padres, pues las cargas del matrimonio no se reducen á la alimentacion de la esposa (6).

Serian nulos los pactos de que el marido no disfrutase de la dote durante el matrimonio (7); de que el marido no sostuviese las cargas ma-

---

(1) Ley 10, § 1 y 5. Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.º—Fontanella *De pactis nup.*, Cláusula. VI, Glos. 1.ª Part. 2.ª, Ns. 80, 81 y 82.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 1.ª, N.º 18.

(3) Leyes 4; 7, § 1; y 32, Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3 —Ley 7, § 12, Dig. *Solut matri.*, XXIV, 3.—Ley 38, Dig. *De fund. dot.*, XXIII, 5.—Fontanella, *Eod.*, núms. 28 á 33.

(4) Mières. *Apparatus*, Coment, á la Const. *Hac. nostra*, N.º 71. —Óliba. *Insti. de actio*, Part. 1.ª Lib. 3.º § *fuerat* N.º 2.—Despujol ad Miéres, Cons. *Hac nostra* N.º 22 sostienen la afirmativa, que acertadamente impugna Fontanella (Id. id., Ns. 35 y 36)

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 1.ª, Ns. 1 á 10; y la misma Glos., Part. 2.ª, Ns. 2 y 3.

(6) Fontanella, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 1.ª, Ns. 12. 13 y 14.

(7) Ley 4, Dig. *De pact. dot.*, XXIII, 4.

trimoniales, y de que la mujer sostenga al marido, pues son contrarios á la naturaleza de la dote (1).

Pero será válido el de restituir la dote á la mujer, si el marido no la alimenta durante cierto tiempo (2).

A pesar de lo dicho, en Catalnña si el marido vive en la casa de la esposa y no sostiene las cargas del matrimonio hace suyos los frutos de la dote, y así se pacta frecuentemente (3) cuando el marido administra todos los bienes de la casa de su esposa.

Los acreedores del marido no pueden instar la ejecucion contra los frutos de la dote, si aquel no tiene con qué soportar las cargas del matrimonio, pues el objeto de la dote es sostenerlas, y la mujer puede pedir que se le entregue la dote cuando el marido viene á pobreza. Dichos acreedores pueden dirigirse contra los frutos sobrantes, que son del marido (4).

III. El marido hace suyos los frutos de la dote desde que posee las cosas dotales, pues únicamente desde entonces existe la posibilidad material de apropiárselos.

Los frutos de la dote no están afectos á las obligaciones personales del marido, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Setiembre de 1859, dijo que si bien la ley reputa propios del marido durante el matrimonio los productos de la dote, es en el concepto de tenerlos que emplear en el sostenimiento de las cargas matrimonioles, entre las cuales no pueden comprenderse las deudas contraidas solamente por el marido.

§ 127. **Abono de intereses por la dote no entregada.**— El marido que no ha recibido la dote prometida, tiene derecho al abono de intereses desde el dia en que principia á sostener las cargas matrimoniales (5); á no ser que la dote se hubiere pactado á dia cierto sin estipularse intereses, en cuyo caso no podrán reclamarse durante el plazo en que el marido tampoco puede reclamar la dote (6); ó que la dote fuese ilíquida, pues no se devengarán hasta que se haya liquidado (7). El derecho al abono de intereses se extingue al disolverse el matrimonio (8).

(1) Fontanella, Id., Claus. VI. Glos. 2.ª Part. 2.ª Ns. 29 á 33.

(2) Fontanella, *Eod.* Ns. 34 y 35.

(3) Fontanella, *Eod.* N.° 39.

(4) Fontanella *Eod.*, Ns. 6, 20 y 21.

(5) Decret., Cap. 16 *De usuris*, V. 19.—Ley 31, § 2, Cod. *De jure dot.* V, 13.—Véase Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 6.ª, Ns. 6 á 35, y Cláusula VIII, Glos. única, Parte única.

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 6.ª, N.° 8.

(7) Ferrer, *Observ.*, Part. 3.ª, Cap. 385.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VIII, N.° 21.

(8) Ferrer, *Observ.*, Part. 3.ª Cap. 388.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VIII, N.° 23.

Los intereses de la dote prescriben á los treinta años, término ordinario de la prescripcion de las acciones en Cataluña. Se reputan condonados siempre que no se hayan reclamado durante el tiempo de. constante matrimonio: así lo dispone la Ley 54, Dig., *De donat. inter vir et uxor.* XXIV, 1, (1).

Aceptada la dote sin los intereses devengados, se extingue el dereche á su reclamacion; pero una protesta lo dejará á salvo.

§ 128. **Administracion de la dote en caso de divorcio.**— El art. 88 de la Ley de Matrimonio civil dispone que el marido inocente conservará la administracion de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho á los alimentos. Este precepto está de acuerdo con las disposiciones canónicas y romanas.

§ 129. **Culpa que presta el marido.**—Segun las leyes romanas, presta el dolo y toda culpa (2); pero en cuanto á ésta sólo es responsable por no haber puesto en la administracion de las cosas dotales el cuidado que pone en las suyas (3). Seria nulo el pacto de que el marido solo prestará el dolo (4).

SECCION 6.ª

PRUEBA DE LA CONSTITUCION Y DEL PAGO DE LA DOTE.

§ 130. **Prueba de la constitucion de una dote.**—No hay ley que exija formalidad alguna en la constitucion de la dote. Siendo un pacto, será válido de cualquier modo que se contraiga (5). Por esta razon en Cataluña para acreditar la constitucion dotal basta la escritura privada, ó la declaracion de testigos idóneos (6).

§ 131. **Prueba del pago de la dote.**—Comunmente se entrega la dote despues de celebrado el matrimonio, extendiéndose la oportuna acta notarial, que sirve de prueba. Es la única que surte efecto para las inscripciones en el Registro de la Propiedad (7).

---

(1) Cualquiera que sea el tiempo de duracion del matrimonio; Fontanella, Id., Claus. VI, Glos. 2.º Part. 6.º, Num. 30.

(2) Leyes 17. *proem;* 49, 72, § 1.º, *De jure dot.*, XXIII. 3—Leyes 18 § 1.º 25, § 1.º; 66, proem. y 67, Digesto, *Solut. matri.*, XXIV, 3.—Ley 23 Dig. *De diversis regulis juris.* L, 17.

(3) Ley 17. *proem. De jure dot.*, XXIII, 3.—Ley 24 § 5.º, Dig. *Solut. matri.*, XXIV, 3.

(4) Ley 3 Dig. *De pact. dot.*, XXIII. 4.

(5) Véase el Libro 3.º Tít. de las *Obligaciones convencionales.*

(6) Véase la obra *De pactibus nuptialibus*, de Fontanella, (Claus. VI, Glos. 3.ª, Parte 7.ª)

(7) Las escrituras dótales de un comerciante han de inscribirse en el Registro de Comercio.— Art. 21 del Cod. de Comer.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Junio de 1864, declaró que las informaciones para perpétua memoria no son medio legitimo para que las mujeres puedan acreditar la entrega de la dote á su marido.

En sentencia de 22 de Febrero de 1869 declaró, en caso de Cataluña, que la escritura de confesion de dote otorgada por el marido no es suficiente para perjudicar á los acreedores. En la de nulidad de 26 de Mayo de 1859 (1) declaró que es indispensable la intencion de perjudicar, para que se considere nula. La simple confesion del marido en testamento, produce el efecto de legado, y por consiguiente no confiere á la mujer los privilegios que la ley concede por la dote (2).

El Tribunal Supremo, en varias sentencias (3), ha declarado que á la Sala sentenciadora compete exclusivamente la apreciacion de si resulta ó no probado que la dote fué entregada al marido cuando no se justifica por instrumentos públicos, sino que se pretenden probar por documentos privados, que no tienen valor sin el testimonio de los testigos.

A tenor de lo dispuesto en las leyes romanas (4), el marido puede impugnar la confesion que hizo de haber recibido la dote por medio de la *exceptio dotis non numerata*. Pocas veces tiene lugar, pues en Cataluña raramente el marido hace tal confesion ántes de celebrarse el matrimonio.

La Ley Hipotecaria dispone (5) que la dote confesada por el marido, cuya entrega no constare ó constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales, y la mujer que tenga á su favor dote confesada por el marido ántes de la celebracion del matrimonio ó dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo que el mismo marido se la asegure con hipoteca siempre que constare judicialmente la existencia de los bienes dotales ó la de otros semejantes ó equivalentes en el momento de deducir su reclamacion.

De la excepcion y de la *querella* de dote no contada, se ocupa Fontanella en los Ns. 22, 23 y 24 de la Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 11, y

---

(1) Tomo 72 de la *Coleccion de Decretos.*— No recayó en caso de Cataluña.

(2) Mières, Com. á la Const. *Hac nostra*, N.º 23. — Despujol ad Mières, sobre la misma Const. N.º 34 — Cancer, *Var resol.* Part. 1.ª, Cap. 9, N.º 27. — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos 1.ª, Part. 2.ª, Ns. 71, 72 y 73. — Sentencias del Tribunal Supremo, que se citarán al tratar de la *opcion dotal.*

(3) Sentencias de 3 de Mayo de 1858 (Tomo 76 de la *Coleccion de Decretos*); 29 de Junio de 1865; 22 de Febrero y 22 de Marzo de 1869; 9 de Julio de 1874.— Algunas de estas sentencias no se refieren á Cataluña, pero son perfectamente aplicables.

(4) Novela 100, Caps. 1 y 2. — Cod. *De dot. caut. sed non num.*, V, 15. — Ley 14, in fin., Cod. *De non num. pecun.* IV, 30.— Ley 25, § 4 y Ley 55, Dig. *Solut. matri.*, XXIV, 3 — Ley 59, Dig, *De donat inter vir. et uxor.*, XXIV, 1.

(5) Arts. 170 y 171.

ampliamente de todas las pruebas de pago de la dote en la Claus. XIV, Glos. unic., Part. 1.ª y 2.ª

La prueba de la entrega de la dote tiene mucha importancia cuando se ejercita el privilegio de opcion, de que nos ocuparemos en la seccion 9.ª de este Capítulo.

SECCION 7.ª

DE LA HIPOTECA DOTAL (1).

§ 132. **Disposiciones vigentes.** — Son las contenidas en los arts. 169 á 193 de la Ley Hipotecaria, y en los 120 á 133 del Reglamento general para su ejecucion. Por consiguiente no habiendo especialidad, omitimos su exposicion.

SECCION 8.ª

RESTITUCION DE LA DOTE.

§ 133. **Restitucion por fallecimiento de la esposa. No reversion de la dote constituida por los padres.** — En Cataluña cuando la mujer deja hijos, no se observa la disposicion romana de que la dote constituida por el padre debe restituírsele al fallecimiento de la hija (2). Tanto la constituida por el padre como la dada por la madre, pertenece á los hijos de la esposa, la cual no puede disponer en ningun caso de parte alguna sino á favor de los mismos hijos, á no habérsele facultado en las capitulaciones matrimoniales (3).

En el § 98 dijimos que muy frecuentemente los padres al constituir la dote, consignan que una parte deberá ser restituida al donador ó á su heredero, si la hija falleciere sin hijos, ó dejándolos muriesen ántes de la edad de testar. Cuando esto se haya pactado y la mujer premuera á su marido sin dejar hijos, el segundo habrá de entregar la parte reversional al donador ó á su heredero, y la parte libre al que lo sea de la esposa: si dejare hijos, á ellos corresponderá la

---

(1) De la hipoteca dotal, segun las disposiciones y jurisprudencia anteriores á la Ley *Hipotecaria*, se ocupa ampliamente Fontanella en la Claus. VII, Glos. 1.ª, Parts 1.ª, 2.ª y 3.ª de la obra *De pactis nup.*— A la legislacion antigua se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1864.

(2) Ley 6.ª, proem. Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.—Ley 4.ª Cod. *Solut. matri.*, V, 18.

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. 5, Glos. 10, Part. 1.ª, N.º 47.

dote, y el marido tendrá el usufructo en el caso de no estar emancipados.

Cuando se hubiere pactado que falleciendo la hija durante el matrimonio se restituiria á la madre la dote que constituyó, y ambas fallecen en la misma catástrofe, los herederos de la madre no podrán reclamar la dote, pues dice una ley del Digesto (1) *que la hija no sobrevivió á la madre*, es decir, que no llegó el caso del cumplimiento de la condicion, principio que servirá para la resolucion de casos análogos.

El destino de la dote dada por un extraño, se determina por lo pactado al tiempo su constitucion. En su defecto, pertenecerá á los herederos de la mujer (2). El pacto de reversion sólo se aplica en el caso de fallecimiento de la esposa, pues retendrá la dote durante su vida cuando el marido le premuriese (3).

En Cerdaña, por costumbre de antiguo observada, el marido no restituye la dote durante la vida y viudez del marido. La antigua Audiencia declaró que esta costumbre no se entiende renunciada en las capitulaciones matrimoniales al consignarse que la mujer podrá disponer de la dote; en consecuencia sólo podrá usar de esta facultad para despues de la vida ó viudez del esposo (4).

§ 134. Restitucion de la dote por fallecimiento del esposo.—Sus herederos deben restituirla á la viuda, á no ser que se hubiere constituido por un extraño bajo pacto reversional (5).

En Barcelona y demás ciudades que gozan del *Recognoverunt proceres*, segun el Cap. 4.° de este privilegio cuando falleciere el marido dejando hijos impúberes, la mujer no puede reclamar la dote mientras posea bienes del marido, percibiendo frutos y pudiendo vivir competentemente de dichos bienes maritales, ó de bienes propios, ó de negociaciones lícitas; y segun el Capítulo 5.° si no hay hijos, durante el año de luto tampoco puede pedir que se le satisfaga su dote, con tal que se le dén alimentos de los bienes que fueron del marido.

§ 135. Prohibicion general de restituir la dote durante el matrimonio.—Excepciones.—El derecho romano, prohibe que durante el matrimonio restituya la dote por ser un acto contrario al ca-

---

(1) Ley 16 Dig. *De rebus dubiis*, XXXIV, 5, que aplica la presuncion de premoriencia establecida en la ley 22 del mismo título.

(2) Ley única, §§ 6 y 13. Cod. *De rei uxoria actio*, V, 13,—Ley 22, proem., y Ley 29 § 1, Dig. *Solut. matri.*, XXIV, 3.

(3) Fontanella. *De pactis nup.*, Claus, IV, Glos. 9.ª, Part. 3.ª N.° 187.

(4) Id. Claus. V, Glos. 10, Part. 1.ª, N.° 58.

(5) Ley unica, §§ 11 y 13, Cod., *De rei uxor actio.*, V, 13.—Ley 33. Digest *De jure dot.*, XXIII, 3.—Ley 2.ª Dig., *Solut. matri.*, XXIV. 3.—Ley 31, § 2.° Dig. *De mortis causa donat.*, XXXIX, 6.

rácter de esta institucion (1): pero existen excepciones, que son taxativas segun el Cap. 39 de la Novela 22 de Justiniano.

El primer caso de excepcion tiene lugar cuando hubiere necesidad de que la mujer auxilie á los padres ó alimente á los hijos. La Ley 73 Digesto *De jure dotium*, dispone que si el marido cayese en la mudez, sordera ó ceguera, la esposa podrá pedir que se le entregue la dote para alimentar á los hijos, para comprar una finca idónea, para prestar alimentos al padre que está desterrado, y para sostener al esposo ó á la hermana. La Ley 20 del Digesto *Solut matri.*, XXIV, 3, precisa más las justas causas de restitucion, enumerando las de pago de deudas, la compra de una finca adecuada, la alimentacion de hijos habidos de anterior matrimonio, y socorrer á los hermanos ó á los padres, ó librarles del cautiverio. La 21 del mismo título permite la enagenacion por la esposa de parte de la dote ó de toda, si fuere menester, para rescatar al marido que esté en poder de ladrones.

La segunda causa señalada por las leyes romanas, es la de pobreza del marido. La ley 29, Cod. *De jure dot.*, V, 12, y la 24, proemio, Dig. *Solut. matri.*, XXIV, 3, autorizan á la mujer para reclamar la dote cuando el marido cayere en la indigencia, el cual podrá evitar la entrega dando caucion bastante, segun la ley 24, § 1.° Digesto *eodem*. Dice Fontanella (2) que la confesion de pobreza hecha por el marido basta para que la mujer pueda pedir la restitucion de la dote; y que cuando aquel viene á dicho estado, puede expontáneamente entregar la dote á su esposa (3).

La entrega hecha por esta causa tiene por objeto asegurar la conservacion de la dote, y por consiguiente no es verdadera restitucion. Dedúcese de este principio que los frutos deben servir para mantener al esposo é hijos (4), y que el sobrante, despues de cubiertas las cargas del matrimonio, corresponde al marido ó á sus acreedores (5). Consecuencia del mismo principio es que el marido no puede usar del beneficio de competencia (6), y que cuando la dote consista en dinero, se depositará siempre que la mujer no inspire suficiente confianza (7).

Dice Fontanella (8) que la esposa para lograr dicha entrega ha de citar á los acreedores del marido, y probar que este recibió la dote como en el caso de opcion dotal.

---

(1) Novela 22, Cap. 39.— Ley única Cod. *Si dos cons. matri.*, V, 19.
(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. 7.ª, Glos. 2.ª, Part 3.ª, Ns. 38, 39 y 40.
(3) Fontanella. *Eod.* Ns. 47 y 48.—Ferrer *Observ.* Part. 3.ª, Cap. 50.
(4) Dicha Ley 29, Cod. *De jur*, *dot.*, V. 12.
(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. 7.ª, Glos. 2.ª, Part. 3, Ns 50 y 51.
(6) Fontanella, *Eod.* N. 68.
(7) Fontanella, *Eod.* N. 45.
(8) Fontanella, *Eod.* Ns. 71 y 72.

Dice tambien (1) que fallecida la esposa, sus hijos tienen el mismo derecho; pero pocas veces sucederá, pues utilizarán el privilegio de opcion dotal.

Deberán reemplazarse los bienes que se dán á la mujer para cumplir la restitucion por causa de pobreza, si se destruyesen sin culpa á ella imputable (2),

La Ley Hipotecaria no ha derogado las disposiciones que establecen esta causa de restitucion, pero ha reducido su procedencia con la fuerza dada á las hipotecas especiales que la mujer tiene derecho á exigir, y especialmente por la disposicion del Art. 187, segun la cual cuando el marido no hubiese constituido hipoteca dotal y comenzare á dilapidar sus bienes, quedará á salvo á la mujer el derecho que le conceden las leyes para exigir que los que existan de su dote se le entreguen, se depositen en un lugar seguro ó se pongan en administracion.

La tercera y última causa por las que procede la restitucion de la dote durante el matrimonio, está comprendida en la disposicion del Art. 88 de la Ley de Matrimonio civil, segun la cual uno de los efectos de la sentencia ejecutoria de divorcio es la pérdida, de parte del cónyuge culpable, de todo lo que hubiere sido dado ó prometido por el inocente, ó por otra persona en consideracion á éste.

§ 136. **Modo de hacer la restitucion.**—La restitucion de la dote debe hacerse tal como previenen las leyes romanas. Expondremos la jurisprudencia catalana.

A pesar de que el marido no está obligado á entregar la dote que consista en metálico hasta el cumplimiento del año de la disolucion del matrimonio, como este plazo tiene el carácter de un beneficio concedido al marido, ántes de espirar puede deducirse la demanda de restitucion, lo cual no sucede en los créditos que verdaderamente son á plazo (3).

El marido debe hacer desde luego la restitucion, cuando en las capitulaciones matrimoniales se consignó la obligacion de verificarlo en el modo y forma que les fuese entregada la dote, y la recibió al contraer el matrimonio. Asi lo declaró la antigua Audiencia, aplicando á la disolucion de este enlace la Ley 17 Dig., *De pact. dot.*, XXIII, 4, que se refiere al divorcio (4). Si la dote se hubiere entregado al marido despues de tres, cinco ó más años, para la restitucion por fallecimiento de la esposa gozará de un plazo igual, segun dispone la Ley 19 del mismo Título del Digesto.

---

(1) *Eod.* N. 76.
(2) Fontanella, *Eod.*, N. 74.
(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus VII, Glos. 3.ª, Part. 11, Ns. 5 y 6.
(4) Fontanella, *Eod.*, Ns. 12 á 17.

Los bienes dotales inestimados se restituirán en el estado del tiempo de la disolucion del matrimonio, por ser el de la restitucion. En los que se cuentan, pesan ó miden, se supone estimacion tácita para los efectos de la restitucion (1).

No hay ley que fije el plazo que ha de transcurrir para reputar destruidos los bienes muebles. Los Tribunales lo decidirán, segun las circunstancias de cada caso (2).

La mujer y sus herederos no están facultados para tomar de autoridad propia la posesion de las cosas dotales; y si lo intentan ó realizan, el marido podrá utilizar los interdictos de retener y de recobrar (3).

Los arriendos de las cosas dotales hechos por el marido, deben respetarse por aquellos á quienes se hace la restitucion (4), y el prorateo de los frutos pendientes se hace como previenen las leyes romanas para el caso de extincion de un usufructo (5).

Habiendo, hoy, las hipotecas dotales públicas y especiales, difícilmente se presentará el caso de recurrir, para la restitucion de dote, á los bienes de fideicomiso establecido por un ascendiente del marido. Si ocurriese, podrá consultarse la obra *De pactis nuptialibus*, de Fontanella (6), y las demás en ella citadas.

§ 137. Beneficio de competencia que tiene el marido.—En Cataluña este beneficio, concedido por las leyes romanas (7), no aprovecha al que está en condiciones para vivir de profesion, arte ú oficio (8) ni, segun Fontanella (9), cuando es pobre por su culpa ni cuando cometió dolo para restituir ménos dote de la que corresponda, ó fué ingrato á su esposa, ni en el caso de ser igualmente pobre la mujer ó sus herederos.

Este beneficio podia oponerse en las ejecuciones que se hacian en los bienes del marido; pero hoy sólo procederá cuando la reclamacion de la dote se deduzca en juicio ordinario, pues el art. 963 de la ley de Enjuiciamiento civil no da lugar á otras excepciones que las expresa-

---

(1) Id Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 12, Ns. 37 y 38.

(2) Fontanella (*Eod.* Ns. 39, 40 y 41) cita algunos fallos de la antigua Audiencia, que admitieron el plazo de 28 años.

(3) Id. Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 11, N.º 19.

(4) A tenor de lo dispuesto en la Ley 25, § 4, Dig. *Solut. matri.*, XXIV, 3.

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 15, Ns. 11 á 18, y Cláusula VI, Glos. 2.ª, Part. 2.ª, Ns. 43 y 50.

(6) Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 2.ª, y Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 14, Ns. 1 á 41.

(7) Ley única §§ 7 y 13, Cod. *De rei uxor act.* V, 13.—Ley 8, Cod. *Solut. matri.* V, 18.— § 37, Ins. *De actio.* IV, 6.—Leyes 12; 13; 14 § 1; 15. proem. 18; 43 Dig. *Solut. matri.*, XXIV 3.— Leyes 17, 20, 21. Dig. *De re jud.*, XLII 1

(8) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª Part. 11 Ns. 42 á 53.

(9) *Eod* Ns. 92 á 94.

mente consignadas en él, entre las cuales no hay la del beneficio de competencia. Por consiguiente cuando se proceda ejecutivamente contra el marido, éste habrá de reclamar dicho beneficio en una demanda de juicio ordinario.

Se ha considerado válida su renuncia hecha en el contrato de constitucion de la dote (1).

§ 138. **Excepcion de adulterio que compete al marido.**—El Usatge *Mariti uxores* (2) dispone que la mujer acusada y convencida de adulterio *pase al* poder del marido con todas las cosas que tuviere; pero se observa la disposicion del Cap. 8, § 2.° de la Novela **117** de Justiniano, segun la cual si la mujer comete adulterio la propiedad de la dote pasa á los hijos, y si no los hubiere, al marido (3).

De estas disposiciones nace la excepcion de adulterio que el marido puede oponer á la demanda de restitucion de la dote. En virtud de las prevenciones que existen en el derecho romano para casos análogos, no compete á los herederos del marido, á no ser que éste hubiese formulado la querella de adulterio ó le hubiese sido imposible ejercitarla (4) Segun Fontanella (5) tambien podrán oponerla cuando el marido ignoró el adulterio cometido por su esposa. En caso contrario la persona que reclama la devolucion de la dote puede replicar que el marido tácitamente perdonó el adulterio á su consorte, lo cual se presume cuando hubiese cohabitado con ella, teniendo noticia de su infidelidad (6).

No procede cuando se pactó que seria reversional la dote constituida por un extraño, ni cuando existen hijos de un anterior matrimonio de la mujer, ni cuando el marido le dió muerte al sorprenderla en adulterio, pues dice el mencionado jurisconsulto que el matador no sucede al muerto: en este caso el marido no tendrá el usufructo que como padre le corresponderia sobre la dote adquirida por los hijos (7).

§ 139. **Excepcion de impensas hechas en los bienes dotales.** —Existe en el Digesto el Tít. *De impensis in res dotales factis* (XXV, 1). —Segun él, los gastos necesarios producen el efecto de dis-

---

(1) Fontanella, *Eod.*, Ns. 64, 65 y 66.

(2) 2.° del Tít. 8.° (*De adulteris, etc.*). Lib. IX, vol. 1.°

(3) Peguera, *Decis.* Cap. 95, N.° 7.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 11, N.° 41. Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 12, Ns. 26 y siguientes.—Vives, nota 10.ª al Lib. 8.°. Ley IX de las *Constituciones de Cataluña.*

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. 7, Glos. 3.ª, Part. 12, Ns. 3 y 4. —Peguera (*Eod*) sostiene que la ausencia del marido por servicio del Estado es impedimento bastante.

(5) *Eod.*, Ns. 10 y 11.—Peguera, *Eod*, Ns. 8 y 9.

(6) Fontanella, *Eod.*, Ns. 6, 7, 8, 14 y 15.

(7) Fontanella, *Eod.*, Ns. 18 á 24.

minuir *ipso jure* la dote que debe restituirse (*necessarias impensas dotem minuere*) (1). Si entre las cosas dotales hay dinero, el marido podrá deducir de él el importe de dichos gastos, y si no lo hay puede retener el dote hasta que esté reembolsado (2). Es nulo el pacto continuado en la constitucion dotal de que no se abonarán al marido las impensas necesarias (3).

Por las útiles no hay el derecho de retencion, y debe reclamarlas mediante el ejercicio de la accion de mandato, si las hizo con la voluntad de la esposa; y por la *negotiorum gestorum* en caso contrario (4).

Por las voluptuosas nada puede reclamar, y únicamente se le faculta para separarlas de la cosa dotal en el caso de poderse hacer sin causar deterioros (5).

§ 140. ¿Cuándo deberá restituirse menor dote de la que conste en las capitulaciones matrimoniales? — Cuando en otra escritura, hecha con intervencion de todos los interesados en la dote, se hizo constar que no se entregó toda la dote expresada en las capitulaciones; porque no obsta la Constitucion única del Tít. 2.°, Lib. V, Volúmen 1.° (6), pues no se trata de un acto clandestino, sino de la declaracion de la verdad, con ciencia de todos aquellos que podrian resultar perjudicados (7).

SECCION 9.ª

DE LA OPCION DOTAL.

§ 141. ¿En qué consiste? Su fundamento legal. — El *privilegio de opcion dotal* consiste en el derecho que tiene la mujer, cuando sean embargados los bienes del marido, de elegir los muebles, y si estos no fueren suficientes, los inmuebles que sean necesarios para el cobro de la dote que aportó y del esponsalicio que se le prometió (8). Procede, aunque al marido le queden muchos bienes con que satisfacer la dote; y Fontanella (9) aconsejaba que la mujer lo ejercitase en la primera ejecucion para no perder el derecho de eleccion.

---

(1) Ley 5.ª pro., Dig. de dicho Tit.—Ley 1, § 4. Dig., *De dot. prælega.*, XXXIII, 4.

(2) Ley 56, § 3. Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.—Ley 5, pro. y 15, Dig. *De impensis in res dot. fac.*, XXV, 1.

(3) Ley 5, § 2.°, Dig. *De pact. dot.*, XXIII, 4.

(4) Ley única § 5, Cod. *De rei uxor. activo.*, V, 13. — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos 3.ª, Part. 12, N.° 36.

(5) Dicha ley § 5.°

(6) § 63: pág. 71.

(7) Fontanella, *De pactis. nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª Part. 12, Ns. 57 á 61.

(8) Véase el § 156. No corresponde no por la donacion *Tantundem ó propter nupcias*, del Obispado de Gerona; véase el § 151.

(9) *De pactis nup*, Claus VII, Glos. 2.ª Part. 8, N.° 58.

Se funda en la Pragmática de Jaime I, del Tit. 2.° (*De privilegis dotals*), Lib. V, Vol. 2.°, corroborada por las Córtes y el Monarca en la constitucion 3.ª (1) del Tit. 33. (*Dels bens dels condemnats*). Lib. IX, Vol. 1.° al tratar de la confiscacion de bienes, y en la 7.ª y 9.ª (2) del Tit. 11 (*De executio de censals*), Lib. VII del mismo volúmen, que para evitar dudas tratan del caso de que lo embargado fueren censales ó vitalicios.

La Ley Hipotecaria no ha derogado este privilegio, que guarda consonancia á lo dispuesto en el art. 187 (3); y el Tribunal Supremo así lo ha considerado en las sentencias que luego se notarán. Pero las hipotecas expresas y especiáles han mermado su importancia.

§ 142. Modo de ejercitarse actualmente este privilegio. — Debe hacerse por medio de una tercería de dominio, tal como las establece la Ley de Enjuiciamiento civil. La Pragmática de Jaime I dispone que se justiprecien los bienes del marido contra los que se ejercite la opcion. Mas podrá prescindirse de ello cuando sean notoriamente inferiores á la dote y al esponsalicio (4).

§ 143. Sus requisitos — Son: 1.° Que se pruebe la entrega de la dote (5); así lo exige la constitucion 7.ª del Tit 11, Lib. VII, Vol. 1.°, segun la cual debia verificarse dentro de los diez dias de haberse formulado la opcion, siempre que se hiciese en las ejecuciones de censales ó vitalicios, y, segun la práctica, tambien en los demás casos. Mas hoy debe hacerse la justificacion plena en el período de prueba, ya que la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que toda tercería se tramite en juicio ordinario (6). Al presentarse la demanda se acompañarán las copias notariales de la escritura de capitulaciones en que se constituyó la dote y se pactó el esponsalicio, y de la entrega de aquella al marido, cuando sea la base de la prueba de tal entrega (7). Siendo el marido el administrador de la dote, se considerará que la recibió integramente, aunque ambos esposos firmasen el ápoca.

---

(1) Fernando II en las Córtes de Barcelona, año 1481. Cap. 9.°

(2) Alfonso IV en las Córtes de Barcelona, año 1432, Caps. 10 y 12.

(3) Referido en la pág. 123.

(4) Fontanella *De pactis nup.*, Claus, VII, Glos. 2.ª, Part. 8.ª, N.° 61.—Mières, *Apparatus*, en el Cap. Glos. 2.ª (Part. 2.ª. pág 519). *de* 9.ª *executió de censals.*

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII Glos. 2.ª, Part. 4.ª y Claus. XIV y última.—Cancer, *Var. resol*, Part., 1 ª Cap. 8.°, Ns 20 y siguientes.—El Tribunal Supremo ha declarado repetidas veces que esta circunstancia era de necesidad. Sentencias de 28 de Marzo de 1862 y de 22 de Febrero de 1869.

(6) Art. 995, apart. 2.°

(7) Téngase presente que las cartas dotales de un comerciante han de inscribirse en el Registro de Comercio. (Art. 22 del *Código de Comercio*.)

2.º requisito.—Dedúcese de la constitucion 9.ª del Tít. 11, Lib. VII, Vol. 1.º—Es el de que la mujer sea acreedora más antigua ó de otro modo más privilegiada que los acreedores ejecutantes. Para graduar la preferencia de los créditos respecto al dotal y del esponsalicio de la mujer, debe atenderse á las disposiciones del derecho romano, y á la Ley Hipotecaria que establece la absoluta preferencia de las hipotecas expresas y especiales.

Por consiguiente no procede la opcion en contra del fisco ejecutante por las contribuciones atrasadas, pero sí cuando inste la ejecucion por un contrato del que sea responsable el marido: así se armoniza la opinion de Mières (1) con la de Fontanella (2). Tampoco procede contra la ejecucion por gastos de funeral y última enfermedad (3), ni, segun la antigua Audiencia, cuando fuese trabada para el cobro (4) del arriendo en las cosas especialmente afectas á su pago, como son los aperos y animales de labor en los rústicos, y los muebles ú objetos almacenados en los urbanos (5).

3.er requisito.—Establecido en la Pragmática de D. Jaime I, en la constitucion 11, del Tít. 2.º (*De jurisdictio de tots jutges*) Lib. III Vol. 1.º y en la 7.ª, ya citada, de Tít. 11, Lib. VII, Vol. 1.º—Es el de que la mujer no haya firmado la obligacion por la cual se ejecutan los bienes del marido, ó no lo haya consentido con promesa y juramento de no impugnarlo por razon de su dote ni de otros derechos (6). Para que la firma de la mujer sea óbice á que utilice la *opcion*, es necesario que la haya puesto por razon de su dote ó de su esponsalicio, nó, por ejemplo, en concepto de usufructuario de los bienes dejados por el marido, ó administradora de los que sean propiedad de los hijos; á no ser que en estos casos hubiere obligado especialmente los suyos para el cumplimiento en nombre propio, pues cuando en general se obliga no se entiende que lo haga por su dote y esponsalicio (7). Tambien debe concurrir la circunstancia de que la firma esté puesta en cuanto á la misma obligacion y en el mismo documento en cuya virtud se trabó la ejecu-

---

(1) *Apparatus. In curia Montis Albi*, Coll 5.ª, Cap. 1.º

(2) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 2.ª Part. 9, N. 46.—Óliba Part. 1.ª Lib. 2.º § *fuerat* N.º 20.

(3) Id. Claus. VII, Glos. 2.ª, Part. 10, Ns. 30, 31 y 32.

(4) Fontanella refiere esta jurisprudencia pero no la acepta.

(5) Al hablar de la hipoteca, veremos que subsisten estas garantías del pago del precio del arriendo.

(6) El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de Noviembre de 1871, consignó la necesidad de este requisito.

(7) Miéres, *Apparatus*, *In curia Montis Albi*. Coll. 5.ª Cap. 10, N. 41,—Fontanella *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 2.ª, Part 4.ª, Ns. 11 á 16, (Cita dos sentencias de la antigua Audiencia)—Vives, Nota 1.ª al Tít. 2.º, Lib. V. Vol. 2.º de las *Constituciones de Cataluña*.

cion, lo cual claramente se desprende de las palabras de la Pragmática de D. Jaime I (1).

4.° requisito. — Es el de que no se ejecuten los bienes del marido por una cantidad pequeña. La Pragmática 2.ª del Tít. 2, Lib. V, Vol. 2.° fija la cantidad de diez sueldos, pero Mières (2) la consideraba exigüa, y hoy lo es mucho más por la disminucion del valor de la moneda. Se habrá de tener en cuenta, si han precedido otras ejecuciones, la cuantía de los bienes del marido y otras circunstancias análogas.

§ 144. **La opcion compete á la mujer viuda y á los hijos.** —La viuda puede utilizar la opcion dotal siempre que se embarguen los bienes que fueron de su difunto esposo. La Constitucion 9.ª del Tít. 11, Lib. VII, Vol. 1.° comprende expresamente este caso.

Por consiguiente la viuda *tenutaria*, ó por otro concepto usufructuaria ó heredera de los bienes del marido, podrá verificarlo, á no ser que en el último caso no hubiere tomado inventario, y por consiguiente su patrimonio se haya confundido con los bienes de la herencia del marido (3).

Tambien compete á los hijos herederos de la madre, y así se observa inconcusamente (4).

§ 145. **Efectos de la opcion.** — A pesar de que en virtud de la opcion dotal se entregan á la mujer ó á sus hijos herederos los bienes del marido que hubieren elegido, no adquieren sobre ellos verdadero dominio, sino un derecho de prenda (5).

CAPÍTULO 8.°

DEL AJOBAR.

§ 146. **¿Qué es ajobar ó «axobá»?** (6). —Es la donacion, comunmente de una cantidad, hecha por el que no es heredero del patrimonio de sus padres (7) á favor de su futura esposa, que es heredera de sus padres ó de otra persona.

---

(1) *Eod.*, N. 18.

(2) *Eod.*, id.

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos 2.ª Part. 8.ª, N. 47 —Vives en el lugar citado, y Nota 11 del Tít. 11. Lib. VII, Vol. 1.°

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª Part. 7.ª, y los autores que cita.

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII. Glos. 2.ª Part. 4.ª, Ns. 30 y 31.

(6) Antiguamente se designó con este nombre la dote constituida á la esposa (Pág. 99)

(7) Los heredamientos comunmente se hacen á favor del primogénito. Los hijos segundos se llaman *externs*. (Pág. 70.)

Se entrega á la persona que otorga heredamiento á favor de la desposada, y en cuya compañía vivirán los esposos.

§ 147. **Su naturaleza y efectos.**—Desde que se ha entregado, constituye un crédito que tiene el marido contra los bienes de su esposa, y que puede garantirse con hipoteca.

Procede su restitucion en los mismos casos en que debe restituirse la dote. Para lograrla el marido puede retener los bienes de la mujer que administre al tiempo de la disolucion del matrimonio, pero sin hacer suyos los frutos pues no goza del privilegio de *tenuta*, concedido expresa y privativamente á las mujeres viudas (1), como se verá en el capítulo 14 de este título. Es nulo el pacto en contrario (2).

Por la misma razon tampoco puede utilizar el de *opcion dotal*.

En la diócesis de Gerona (3) los muebles que por causa de matrimonio el marido introduce en la casa de su mujer, se consideran de la propiedad de ésta, á no ser que se pruebe lo contrario; exceptuándose los vestidos y las armas.

CAPÍTULO 9.°

DEL ESCREIX Ó ESPONSALICIO.

§ 148. **¿Qué se entiende por esponsalicio, escreix ó creix?** Llámase *esponsalicio* ó *escreix* la donacion que en las capitulaciones matrimoniales el futuro esposo hace á la novia, en razon de su virginidad y correlativamente á la dote (4).

La palabra *esponsalicio* se halla en el Usatge *Viduæ* y en las dos Constituciones siguientes del Título 3.° (5), Lib. V, Vol. 1.°, en el Usatge *Si autem mulieres* (6), en el Cap. 56 del *Recognoverunt proceres* y en las Pragmáticas 1.ª y 2.ª del Título 2.° (7), Lib. V, Vol. 2.°

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 1.ª, N.° 19. — Vives, Nota 3.ª al Tit. 3, Lib. V, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(2) Fontanella, *Eod.*, N.° 20 y Claus. IV, Glos. 18, Part. 3.ª, N.° 107.

(3) Cap. *De præx.* de sus costumbres escritas.—Habla de *mansos*, pero la antigua Audiencia declaró que comprendia *etiam mansos, seu domos intra muros, cujæ terræ sunt extra muros, et inhabitantur per pagenses, causa percipiendorum fructuum, quia rusticum prædium non faciet res, sed materia* (Socarrats, Comentario á las *Conmemoraciones de Pedro Albert*, Cap. *nullus*, N.° 18, fol. 353. — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 15, Ns. 38 y 39.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, N.° 3.—Algunas veces las capitulaciones matrimoniales se otorgan despues de celebrado el matrimonio, y tambien entonces el esposo puede conceder esponsalicio á su consorte por razon de la virginidad que tenia al casarse.

(5) *Disolt lo matrimoni, ¿quin dret pertany á la viuda?*

(6) Tit. 32 (*De homes propis*), Lib. IV, Vol. 1.°

(7) *De privilegis dotals.*

La de *escreix* se usa en la Constitucion 1.ª del Título 2.º (1), Lib. VI, Vol. 1.º

Si bien la aludida Constitucion 1.ª del Título 3.º, Lib. V, Vol. 1.º, el mencionado capítulo del *Recognoverunt* y el Privilegio de D. Jaime I contenido en el Título 2.º del Lib. V, Vol. 2.º, llaman al esponsalicio *donatió per noces* (*donacion por causa de bodas*), no la confunden con la donacion *propter nuptias* romana, pues el principal carácter del esponsalicio es el de una munificencia hecha por el desposado á la desposada en obsequio á su virginidad. Así lo declara la Constitucion 1.ª (2) del Tít. 2.º (*De pupillars y altres sustitutions*), Lib. VI, Vol 1.º, pues dice que en la sucesion de un impúber la madre no pierde el *escreix*, *el cual se debe á la madre por razon de su virginidad* (3), (4). Esta ley es declarativa de un derecho, formado por la costumbre desde tiempo inmemorial observada (5).

§ **149. Sólo se debe cuando se pacta.** — Así lo declaran Mières (6), Molino (7), y Fontanella (8), y lo han considerado los Tribunales antiguos y modernos. En consecuencia, debe pedirse por la accion *pacti conventi* (9) y nó por la *condictio ex lege*, distincion que para el procedimiento tiene hoy poca importancia, pues en las demandas basta expresar la clase de accion que se ejercita.

§ **150. Consecuencias de darse por razon de la virginidad.** — Constituyéndose el esponsalicio por razon de la virginidad de la futura consorte ó de la que la esposa tenia al casarse, se deduce: 1.º Que comunmente no se pacta á favor de la desposada cuando es viuda (10); mas puede concedérsele ya que tambien se dá por conside-

---

(1) *De pupillars y altres sustitutions.*

(2) Jaime I en Tarragona, año 1260.

(3) Véanse Mières, *Apparatus;* Comentario á la Const. *Hac nostra*, N.º 118 —Óliba, *Inst. de actio.* 2.ª Relec., párrafo *fuerit* N.º 42.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª. Part. 1.ª, N.º 9 y Claus. IV, Glos. 1.ª, Ns. 6, 11 y 12.

(4) El *excreix* no es igual á las arras de Castilla, por mas que ambas donaciones se parecen. — Véase Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1, Part. 2, Núm. 7.

(5) Sobre el orígen del *excreix*. véase Fontanella, *Eod.* Claus. VII, Glos 1.ª Partida 1.ª, Ns. 14 y 15, y los autores que cita.

(6) *Apparatus*, Comentario á la Constitucion *Hac nostra*, N.º 119.

(7) *De rit. nup.*, Lib. III, Quest. 1.ª, Núm. 237.

(8) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, N.º 16, donde corrige el error que cometió en la Claus. IV. Glos. 1.ª, N.º 11 al decir que en la ciudad de Barcelona, en virtud de costumbre necesaria, se debia como *excreix* la mitad del importe de la dote.

(9) Fontanella (*Eod.*, Ns. 21, 22 y 23) dice que se pedirá por la *ex-contractu*, nombre no conocido en derecho.

(10) Marquilles, Coment. al Usatge *Si autem mulieres*, fol. 294.

racion á la dote (1), y producirá iguales efectos que el constituido á una soltera (2); 2.° Que siendo un obsequio ó premio de la virginidad, y no precio ó premio de perderla por el matrimonio, la mujer podrá reclamar su entrega aunque el matrimonio no se haya consumado. Así sostuvo Fontanella (3) en contra del parecer de Mières (4), y lo consignan Comes (5) y Vives (6); 3.° Que no guarda relacion absoluta con la dote; 4.° Que si judicialmente se probare que la mujer no era doncella al contraer el matrimonio, no lucrará el esponsalicio (7).

§ 151. **Consecuencias de ser correlativo á la dote.**—Cuando la dote hubiere sido constituida por la esposa con bienes propios, ó prometida por sus padres, la viuda sólo lucrará el esponsalicio en la proporcion que aquella hubiere sido entregada. Así lo decidió constantemente la antigua Audiencia, fundándose en que el esponsalicio no solamente se concede en razon á la virginidad, sino tambien en correlacion á la dote (8).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Febrero de 1869, declaró que para prosperar la reclamacion del esponsalicio, ha de probarse la entrega de la dote.

Lo dicho no procederá si habiéndose pactado que la dote se entregaria en cierto dia ó en varios plazos, no hubiese llegado todavía el vencimiento (9); ni cuando la falta de entrega se debiese á resistencia ó negligencia culpable del marido, como disponen las leyes romanas (10) para el caso de la entrega de la donacion *propter nuptias*.

Consecuencia usual, pero no precisa de ser el esponsalicio correlativo á la dote, es la de que para fijar su importe el marido atiende

---

(1) Fontanella, *Eod.*, N.° 24 ó 25.
(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, N.° 94.
(3) *Eod.*, Ns. 29 y 30.
(4) *Apparatus*, Comentario á la Constitucion *Hac nostra*, N.° 119.
(5) *Viridarium artis notariatus.*
(6) Nota 1.ª al Tit. 3, Lib. V, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*
(7) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, Ns. 26 y 27, apoyándose en la autoridad de la antigua Audiencia.
(8) Miguel Ferrer, *Observ.*, Part. 3.°, Cap. 48.—Francisco Ferrer, *Sup. Const. Hac nostra*, Temp. 3.ª, *Declar.* 1.ª, N.° 240.—Mières, *Apparatus*, Comentario á la Constitucion *Hac nostra.*—Despujol, *Addi. ad Mières* super Const. *Hac nostra*. N.° 152.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, N.° 82.—Fontanella, *De pactis nup.*, Clausula VII, Glos. 1.ª, Part. 8.ª, Ns. 39 á 51.—Fontanella, en el lugar citados, Ns. 58 á 64, dice que respeta la jurisprudencia establecida, pero que no le place, pues el esponsalicio se debe ante todo por razon á la virginidad; y que es muy conveniente establecer en las capitulaciones matrimoniales pacto expreso sobre este punto.
(9) Miguel Ferrer, *Observ.*, Part. 3.ª, Cap. 48.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª Part. 3.ª, Ns. 66, 67 y 68.—Vives, Nota 1.ª al Tít. 3.° Lib. V, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*
(10) Novela 91, Cap. 2.°

á la parte de dote que se pacta á libre disposicion de la mujer (1); concediéndose en Barcelona una cantidad igual á la mitad de dicha parte á no ser que la dote sea muy crecida, en cuyo caso comunmente no excede de la tercera, y á veces de menor parte (2).

De modo que la correlacion no es constante, y no es rara la concecion de un esponsalicio importante á la que aporta una dote muy reducida. En este caso puede suceder que el novio señale una cantidad crecida en concepto de aumento de dote y de esponsalicio, sin precisar en cuánto lo hace por uno y por el otro concepto. Cuando esto ocurra, en Barcelona y demás poblaciones que gozan del *Recognoverunt proceres* se aplicará la disposicion del capítulo 56 de este privilegio, que traducido dice así: *Item que cuando las cartas dotales estén redactadas en estos términos: te doy tal cantidad por tu dote y esponsalicio, se entienda que la tercera parte de esta cantidad es donacion propter nuptias* (3), es decir esponsalicio. Esta disposicion servirá de norma para los puntos donde no se observa dicho privilegio.

Además, el esponsalicio tiene la consideracion jurídica de dote para los privilegios á esta concedida (4), y entre ellos los de *opcion dotal y tenuta.*

Pero sus efectos no siempre son iguales á los de la dote. Si la mujer se obligó junto con el marido, y los bienes de éste no alcanzan á cubrir la dote y el esponsalicio, ante todo se detraerá la dote, despues se satisfará la deuda contraida por los esposos, y sólo con el resto, si lo hubiere, la mujer cobrará su esponsalicio (5). Sin embargo, esto no procederá cuando en las capitulaciones se hubiese estipulado el esponsalicio á favor de los hijos y los hubiere, pues la obligacion de la madre no puede perjudicar el derecho de propiedad que les compete.

Si los bienes dejados por el marido no son suficientes para el pago de la dote y del esponsalicio, serán preferidos los herederos de la mujer que reclamen la primera á los hijos que insten el cobro del segundo (6), pues la propiedad de la dote corresponde á la mujer; y si bien sus efectos están en suspenso durante el matrimonio, en cuanto este cesa renace *ipso facto* la plenitud del dominio, al paso que en virtud del esponsalicio los hijos sólo adquieren un crédito contra los bienes del padre.

La Pragmática 2.ª del Tít. 11, Lib. IV, Vol. 2.°, y el Cap. 96 del *Recog-*

---

(1) Molino, *De rit. nup.*, Lib. 3.° *Quæst.* 1.ª, N. 195.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, N. 20.—Gibert, *Theorica artis notariæ*, Part. 1.ª Cap. 2.°, Tít. 2.°

(3) Véase lo dicho en el § 143 sobre estas palabras.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 2.ª, Ns. 8 y 13.

(5) Fontanella, *Eod.*, Ns. 14 á 17.—Vives, Nota 1.ª al Tít. 3.°, Lib. V, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 2.ª

noverunt proceres prohibian á la mujer apoderarse, por razon del esponsalicio, de las cosas dadas en comanda (1).

§ 152. **¿Quiénes pueden constituir esponsalicio ó «escreix»?** — Sólo los que pueden contratar y enagenar libremente sus bienes. Sin embargo, dicen algunos autores (2) que si no se tienen bienes libres y por la costumbre del lugar, circunstancias de edad ú otras análogas los padres, curadores de la novia ó ella misma quieran un esponsalicio más ó ménos crecido, el desposado podrá señalarlo sobre los bienes de fideicomiso constituido por el padre ó por los abuelos como para la restitucion de la dote permiten las leyes romanas. Respetamos este parecer, pero lo consideramos destituido de fundamento, pues no hay paridad entre el otorgamiento de una liberalidad y el cumplimiento de una obligacion; y aquella facultad debe interpretarse restrictivamente, pues constituye una excepcion del principio de inealibidad de los bienes de fideicomiso. Por estas razones, tampoco deberá aplicarse á la entrega del esponsalicio prometido.

§ 153. **Derechos de los esposos respecto al esponsalicio durante el matrimonio.**— La administracion y el usufructo competen exclusivamente al marido (3).

Cuando el marido viniere á pobreza la mujer podrá reclamar el esponsalicio, del mismo modo que puede reclamar la dote. Fontanella (4) dice que si bien no hay precepto legal que lo disponga, la antigua Audiencia formó verdadera jurisprudencia dando á conocer al efecto tres sentencias, y citando otra referida por Miguel Ferrer (5). Además, aunque el esponsalicio no es la donacion *propter nuptias* romana, concurren las mismas razones que para estas lo establecieron las Novelas 61, Cap. 1.°, y 109, Cap. 1.°

Cuando sean embargados los bienes del marido, la esposa puede ejercitar el privilegio de *opcion dotal*, del modo que se dijo en la seccion última del Cap. 7.° de este título (6).

A tenor del inciso tercero del apartado 1.° del art. 168 y del art. 178 de la Ley Hipotecaria, por razon del esponsalicio compete á la mujer

(1) Véase en el Libro de las Obligaciones lo que fué este contrato.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, N.° 12. — Comes, *Viridarium artis notariatus*, Tit. 1.°, Cap. 22, § 2. *De donatio propter nup.* — Vives, (T. 2.°, pág. 234).

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª Part. 1.ª, N. 28.—Comes, *Eod.* —Gibert, *Theorica artis notariæ*, Part. 1.ª, Cap. 2.°, Tit. 2.° — Vives, *Eod.*

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 2.ª N. 10.— Vid. Claus. VII, Glos. 2. Part. 3.ª Ns. 55 y 56, y en especial el 57.

(5) *Observ.*, Part. 3.ª, Cap. 50.

(6) Así lo disponen la *Pragmática* 1.ª del Tit 2.°, Lib. V, Vol. 2.° y la *Constitucion* 7.ª del Título 11, Lib. VII, Vol. 1.°

hipoteca legal sobre los bienes de su marido, quien deberá constituirla especial del modo que dijimos para la dote, pues el esponsalicio tiene la consideracion de aumento de dote y goza de sus prerogativas (1).

§ 154. Destino del esponsalicio cuando la mujer premuera al esposo.—Si nada se previno en las capitulaciones matrimoniales y la mujer no deja hijos de aquel matrimonio, el esponsalicio quedará extinguido (2).

Si la mujer deja hijos, éstos adquieren la propiedad del esponsalicio, ya por la consideracion de que así lo sobrentendieron los contrayentes (3), ya en virtud de las palabras finales de la Constitucion 2.ª del Tit. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º (4). Tal es la práctica constante, corroborada frecuentemente por el pacto expreso continuado en las capitulaciones.

Los hijos adquirirán el esponsalicio por partes iguales, sin que los padres puedan favorecer á uno más que á otro (5), á no haberse reservado expresa ó tácitamente en las capitulaciones el derecho de hacerlo (6). Si el padre ó la madre no hacen uso de la reserva electiva, todos los hijos harán suyo el esponsalicio (7).

Los hijos carecen de derecho para reclamar el esponsalicio hasta la muerte de su padre. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo (8).

Aunque lo adquieran por la muerte de la madre, se considera que procede del padre que lo constituyó y de cuyos bienes se paga, para el caso de fallecer impúber alguno de los hijos (9). Sin embargo, no se

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, Ns. 10, 11 y 13.—Cuando existian las hipotecas tácitas, la de la dote era más privilegiada que la del esponsalicio. (Fontanella, *Eod.*, N.º 20)

(2) Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, N. 118—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos 1.ª Part. 1.ª, N.º 59.—Este autor en el N.º 77 sostiene que los herederos de la mujer muerta por su esposo, tienen derecho al esponsalicio.

(3) Fontanella, *Eod.*, Ns. 61 á 76.—Vives, Nota 1.ª al Tit. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º

(4) Transcrita en la Seccion preliminar del Cap. 14 de este Título.

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, N. 28 y Claus. IV, Glos. 9.ª, Part. 1.ª, Ns. 7 y sigs, aludiendo á muchos fallos conformes de la Audiencia.

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Clausula VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, N.º 33. En la Clausula IV, Glos. 9.ª, Part. 5.ª, diserta sobre los casos que existirá reserva tácita.

(7) Fontanella (*De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª N.º 34) dice que la adquieren á título de donacion y heredamiento.—Francisco Ferrer (*Super Const*, *Los impubers.* Glos 3.ª, Ns. 98 y 99) sostiene que lo adquieren á título de sucesion *ab intestato* Nos parece más fundada la primera opinion.

(8) Sentencia de 10 de Julio de 1868

(9) Francisco Ferrer, *Super Const. Los impubers*, Glos. 2.ª N. 10. —Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 1.º, N. 21.— Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, Ns. 52, 53 y 54.

imputa en la legítima paterna de estos, pues siendo una donacion con causa se considera una deuda de la herencia, y por consiguiente se deduce de ella ántes de computarse la parte legítima (1).

§ 155. Destino del esponsalicio cuando el marido premuere á la esposa. — En las capitulaciones matrimoniales puede pactarse el que plegue á los contrayentes (2).

Cuando no lo hubieren hecho la viuda adquirirá el usufructo, y los hijos de ambos cónyuges, ó en su defecto los herederos del esposo, adquirirán la nuda propiedad (3). En el segundo caso es costumbre inconcusa (4) que la viuda opte entre el usufructo de todo el esponsalicio ó el pleno dominio de la mitad. Marquilles ya la llamaba « práctica comun » (5). Este derecho de eleccion es personalísimo de la mujer, y por consiguiente no pasa á los herederos, ni los acreedores del marido pueden obligarle á usar de él (6).

Marquilles, Despujol, Ripoll, Molino y Cancer dicen que la mujer puede usar libremente de este derecho electivo. Mières, Miguel Ferrer, Óliba y Fontanella sostuvieron que la viuda puede por sí quedarse con el usufructo de todo el esponsalicio, pero que solo mediante el consentimiento de los herederos del marido puede optar por el pleno dominio de la mitad. Vives dice que leyó las dos sentencias de la antigua Audiencia, aducidas por Fontanella en pró de su opinion que más bien apoyan la contraria, y para demostrarlo presenta un resúmen de ambas.

La mujer debe manifestar su eleccion dentro del primer año de viudez, por ser el plazo durante el que no puede pedir la dote y el esponsalicio (7).

---

(1) Vives, Nota 1.ª al Tit. 3, Lib. V, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña*; Fontanella, en las mismas cláusula y glosa, Part. 2.ª Ns. 25 á 34.

(2) Comunmente el pacto confirma lo que se observa en su defecto.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 1.ª N. 48.—Vives, Nota 1.ª al Tit. 3.º Lib. V, Vol. 1.º de las *Constituciónes de Cataluña*.

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.º, N. 80.—Fontanella en el lugar citado; Ns. 18 y 19.

(4) Mières, *Apparatus*, Coment. á la Constit. *Hac nostra*, N. 118.—Despujol, *Ad' Mières, super Const. Hac nostra*, Núm. 180.—Óliba, *Inst. de actio.*, Relec. 2.ª, § *fuerat*. Núm. 42.—Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 10, Núm. 132.—Miguel Ferrer, *Observ.*, Part. 3.ª, Cap. 51.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 9, Núm. 97.—Molino, *De rit. nup.*, Lib. 3.º, Quæst. 64, Núm. 8.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 1.ª, Ns. 35, 36 y 37.—Id., *Decis.* 488 y 489.—Ramonij, *Consilia. Sen. Cathal.*—Comes, *Viradarium artis notariatus*. Tit. 1, Cap. 22.—Gibert, *Theorica artis notariæ*, Part. 1.ª Cap. 2.º, Tit. 2.º—Vives, en el lugar citado. Nota 1.ª al Tit. 3.º, Lib. V. de las *Constituciones de Cataluña*.

(5) Comentario al Usatge *Viduæ*, in fin.

(6) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.º, N. 85. y Part. 2.ª. Cap. 7.º, Ns. 102 á 106

(7) Despujol, *Add. ad Mières*, *super Const. Hac nostra*, Núm. 80.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1., Part. 2.ª, Núm. 46

Cuando la viuda sea usufructuaria del esponsalicio, debe prestar caucion fidejusoria (1). El juez podrá declarar bastante la promisoria cuando se entregue el importe de aquel á una persona de crédito que deba satisfacer un interés, ó cuando de otro modo quede asegurado (2). Existiendo hijos menores, deberá constituirse la hipoteca especial que para los bienes reservables establecen el núm. 2 del Art. 168 y los 194 á 201 de la Ley Hipotecaria.

Los herederos del marido no pueden resistirse á la entrega del esponsalicio á la viuda, mediante el ofrecimiento de satisfacerle los intereses legales asegurados con caucion, pues no tienen facultad de coartar el derecho de usufructo de la mujer; no estando bastante fundadas las razones que Fontanella (3) alega en contra para el caso de no haber metálico en la herencia.

La viuda que contrae nuevo matrimonio no pierde el usufructo del esponsalicio, pues no ha de ser de peor condicion que la deshonesta, á la cual el Usatge *Viduæ* no impone tal castigo (4).

Cuando en las capitulaciones se hubiere pactado que la viuda tendria la plena propiedad del esponsalicio sin hacer mencion del caso que contrajere segundo matrimonio, si se realizase este hecho sólo conservará el usufructo, quedando reservada la propiedad para los hijos del primer enlace (5) y debiendo constituirse la hipoteca en la conformidad expresada.

CAPÍTULO 10.

DE LA DONACION «PROPTER NUPTIAS» Ó «TANTUNDEM,» DEL OBISPADO DE GERONA.

§ 156. Es la donacion «propter nuptias» romana. Sus efectos.—En la diócesis de Gerona existe la donacion *propter nuptias* de Roma, esto es, en compensacion y garantía de la dote (6). No se pacta *excreix* (7).

---

(1) Fontanella, *Eod.*, Núm. 50, diciendo que sobre este punto existe conformidad en muchísimas sentencias de la Audiencia.

(2) Fontanella, *Eod.*, Ns. 51 á 55.

(3) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 2.ª, Núm. 58.

(4) Tit. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º— Mières, *Apparatus*: Coment. á la Const. *Hac nostra*, Ns. 75 y 76.— Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª Part. 1.ª, Ns. 78, 81 y 83 — Vives, Nota 1.º al Tit. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(5) Mières, *Eod.*, N.º 121.— Cancer, *Var. resol.*, Part. Cap. 9.º, N.º 83.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus VII, Glos. 1.ª, Part. 2.ª, Ns. 35 y 36.— Vives, *Eod.*

(6) Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra* Ns. 118 y 120, y Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 1.ª, Ns. 1 y sigs., y Claus. VII, Glos. 1.ª, Parte 3.ª, se ocupan de esta donacion.

(7) Fontanella, Id. Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, N.º 10.

Llámase *tantundem* porque se pacta con la fórmula de que el marido da á la esposa tanto como le aporta en dote (1).

En cuanto á esta donacion, la mujer no goza del privilegio de la *opcion dotal* ni de la *tenuta*, pues queda extinguida cuando se restituye la dote, ya que se constituye en su reciprocidad y seguridad (2).

Fontanella (3) opinaba que la mujer podia reclamar la entrega del *tantundem* en el caso de venir á pobreza el marido, fundándose en algunos textos romanos y en que así se observaba en la diócesis de Gerona; pero decia (4) que la antigua Audiencia en un fallo desestimó dicha pretension.

En nuestro parecer es conforme á la verdadera doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 1874, declarando que por las disposiciones del derecho civil catalan y romano no procede la reclamacion de la mujer ejercitando la opcion dotal y solicitando la restitucion por causa de pobreza, relativamente á la donacion *propter nuptias ó tantundem* que le otorgó su marido en las capitulaciones matrimoniales, pues tal donacion, tomada en el sentido que la estableció el derecho romano, cual se observa aún en el obispado de Gerona, tiene por único objeto el constituir una garantía en favor de la mujer para la restitucion de la dote, cesando por consiguiente sus efectos como accion subsidiaria y accesoria cuando se concede á la mujer la opcion dotal y la preferencia que ha reclamado para el pago efectivo de su dote, de todas sus aportaciones matrimoniales y áun en caso de esponsalicio ofrecido recíprocamente en la mencionada escritura de casamiento.

§ 157. Los efectos del «tantundem», pueden variar en virtud de pacto.—Es válido el pacto de que la mujer gozará del *tantundem* despues del fallecimiento del esposo (5). En este caso no tendrá aplicacion la doctrina consignada en la referida sentencia del Tribunal Supremo.

Tambien puede pactarse que sea de los hijos, en cuyo caso desde que nazcan serán propietarios. Los padres quedarán usufructuarios, sin poder disponer de cosa alguna comprendida en la donacion (6).

---

(1) Fontanella, *Eod.*, dice: *Quod portat tantundem uxori in valore de bonis suis quantum illa attullit illi sui dotem.*

(2) Mières (*Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, N.º 120) y Fontanella (*De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, N.º 13) sientan esta doctrina respecto á la *tenuta*.

(3) Id., Claus. VII, Glos. 2.ª, Part. 3.ª, N.º 52; y la misma Claus., Glos. 1.ª, Parte 3.ª, Ns. 22 á 26.

(4) Id., Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, N.º 23.

(5) Fontanella, *Eod.*, N.º 14.

(6) Marquilles, Coment. al Usatge. *De intestatis.* (fols. 354 y 355).—Fontanella, *Eod.*, N.º 15.

Fontanella (1) dice que en unas capitulaciones matrimoniales la novia constituyó dote de sus bienes, y el marido, que estaba en la casa de aquella, le constituyó en *propter nuptias* un manso diciendo *que ambos lo tengamos juntos mientras vivamos, como debe ser entre marido y mujer, y despues lo tengan nuestros hijos legítimos y naturales que tú tengas de mí*, y que la Audiencia adjudicó el manso á los hijos *in vim pacti in eorum favorem appositi.* Para ésta y otras cláusulas análogas, tendrá aplicacion lo dicho en los §§ 154 y 155 sobre el esponsalicio.

Siempre que los pactos añadidos á la Constitucion del *tantundem* le diesen el carácter de aumento de dote, el marido deberá asegurarlo con hipoteca en virtud de lo dispuesto en el Artículo 178 de la Ley Hipotecaria.

Como para cuanto no se ha previsto en las capitulaciones matrimoniales el *tantundem* produce los efectos de la donacion *propter nuptias* romana, no entramos en más consideraciones.

CAPÍTULO 11.

DE LOS REGALOS NUPCIALES Ó LARGUEZAS ESPONSALICIAS (2).

---

§ 158. **Principios generales del derecho romano.**—Segun ellos las donaciones que examinamos son hechas con la tácita condicion de celebrarse el matrimonio, y en el caso de que éste no se verifique podrá exigirse su devolucion. Este derecho de repeticion no compete á la parte culpable de no haberse verificado el matrimonio. Cuando no pudo celebrarse por el fallecimiento de una de las partes, la desposada ó sus herederos sólo están obligados á devolver la mitad si el desposado la besó *(interveniente ósculo)*; pero actualmente no se dá el ósculo solemne.

§ 159. **Efectos á la disolucion del matrimonio.**—Segun el derecho romano, en caso de disolucion del matrimonio el donatario tiene la propiedad absoluta de lo donado; pero en Cataluña, en virtud de una costumbre adverada por los autores, la mujer no adquiere las joyas y demás cosas que se entregan á la mujer con el *exclusivo fin de presentarse debidamente adornada durante el matrimonio* (3), teniendo únicamente derecho al anillo de boda, á los vestidos de uso cotidiano y á

---

(1) *Eod.*, N.° 27.
(2) Vives los llama *donadios.*
(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 6.ª, Ns. 63 á 81.

una de las joyas medianas (1), á no ser, dice Fontanella (2), que los regalos fuesen de poco valor, dada la condicion de las personas y la cuantía de la dote.

§ 160. **Anillo de boda.**—Por tal entendió siempre la antigua Audiencia el dado al celebrarse los esponsales de futuro, es decir, al pactarse el futuro matrimonio (3).

§ 161. **Vestidos de uso cotidiano.**—Para ser calificados de tales, debe atenderse á las circunstancias de riqueza y condicion de las personas (4), diciendo Fontanella (5) que tratándose de grandes, las joyas y otros adornos se reputaban vestidos cotidianos. La donacion de los vestidos cotidianos que los autores catalanes (6) comprenden entre las módicas perfectamente válidas entre esposos, debe considerarse como parte de los alimentos que el marido debe suministrar á la esposa.

§ 162. **Joya mediana.**—Para calificarla, debe estarse al arbitrio de buen varon (7). Sólo puede detraerse cuando haya otros bienes suficientes para satisfacer las deudas dejadas por el marido, pues el derecho á esta joya se considera hereditario, y no hay herencia sin la deduccion de deudas (8).

El derecho de la mujer es comun á toda Cataluña (9), y no peculiar de Barcelona como supuso Fontanella (10).

§ 163. **Accion de la mujer.**—Disuelto el matrimonio, la mujer tiene expedita la accion para reclamar como dueña el anillo y los vestidos de uso cotidiano; y cuando conste que hay bienes suficientes, la tiene para reclamar la joya mediana. Estas acciones pasan á los herederos de la mujer (11). Si al ejecutar los bienes del marido se embar-

---

(1) Fontanella. *Eod.*—Cancer. *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, N.º 72.—Miguel Ferrer, *Observ.* Part. 3.ª. Cap. 44 y 159 (ó 187).—Comes, *Viridarium artis notariatus.*—Gibert, *Theórica artis notariæ*, Part. 1.ª, Cap. 2.º, Tit. 3.º—Vives, Nota 1.ª al Tit. 3.º Lib. V, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(2) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part 6, Ns. 71 y 72.

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus VII. Glos. 3.ª, Part. 6.ª, Ns. 60 y 61.—Miguel Ferrer, *Observ.* Part. 3.ª Cap. 150—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, N.º 72.

(4) Miguel Ferrer, *Eod.* N.º 3.

(5) *De pactis nup.*. Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 6.ª, Ns. 58, 59 y 89..

(6) Fontanella, *Eod.*. id, N. 88.

(7) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 6.ª, N. 64.

(8) Fontanella, *Eod.*, id., N. 98.—Vives, en el lugar citado.

(9) Cancer, *Var. resol*. Part. 1.ª, Cap. 9.º N. 72.—Comes, *Viridarium artis notariatus*, Tit. 1., Cap. 12.—Gibert. *Theorica artis notariæ*, Part. 1.ª, Cap 2.º, Tít. 3.º

(10) *Eod.*, id., Ns. 51 á 57.

(11) Fontanella, *Eod.*, id., N. 97.

gasen joyas ó vestidos, la mujer podrá deducir terceria de dominio respecto á estos y al anillo; nó respecto á las demás joyas, pues carece de aplicacion el extenso derecho que Fontanella concede á la esposa en este caso (1).

§ 164. **Reserva en caso de segundo matrimonio.**—Si la viuda que tiene hijos contrae segundo matrimonio, pierde la propiedad del anillo, vestidos y joyas, cuyos objetos quedan reservados á aquellos (2).

§ 165. **Renuncia á estos lucros.**—Es válida cuando fuere hecha por la mujer en las capitulaciones matrimoniales (3).

Dicen los autores catalanes (4) que, á no ser que haya conjeturas en contrario, el legado hecho por el marido á favor de la esposa se considerará otorgado en compensacion á los lucros de la segunda. Entiéndase, sin embargo, que como la mujer tiene dominio sobre el anillo y vestidos de uso cotidiano, nunca podrá considerarse que el marido tácitamente lo sustituye con un legado: si lo consignare expresamente, la mujer podrá optar entre la reclamacion de aquellos objetos ó del legado.

§ 166. **Regalos hechos á la desposada por los parientes del futuro esposo y por su contemplacion.**—Si fuere costumbre del lugar los lucrará la mujer, á cuyo favor se decidirá la duda que existiere. Tendrán la consideracion de parafernales (5).

CAPÍTULO 12.

DE LA ASOCIACION DE LOS ESPOSOS A COMPRAS Y MEJORAS, Ó DE LOS GANANCIALES, EN LA PROVINCIA DE TARRAGONA Y VALLE DE ARAN.—DEL PACTO DE HERMANDAD.

SECCION 1.ª

DE LA ASOCIACION Á COMPRAS Y MEJORAS.

§ 167. **¿Dónde existe?**—En Cataluña no es comun la sociedad de gananciales: puede pactarse en las capitulaciones matrimoniales,

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 6.ª, N. 96.
(2) Fontanella, *Eod.*, id., Ns. 99.
(3) Fontanella, *Eod.*, id., N. 100.
(4) Fontanella, *Eod.*, id., Ns. 101 á 106.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, N. 41.—Miguel Ferrer, *Observ.*, Part. 3.ª, Cap. 159.
(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 6.ª, Ns. 92 á 95.

y se regirá por los principios generales del derecho y por las reglas sancionadas por la práctica en la provincia de Tarragona.

En gran parte de ésta, desde muy antiguo en las capitulaciones se continúa un pacto que la establece. Tal es el llamado de *asociacion á compras y mejoras*. No decimos en el *campo de Tarragona*, como los antiguos tratadistas y otros escritores, porque el aludido pacto se usa en los territorios de los actuales partidos judiciales de Tarragona, Reus, Falset, Vendrell y gran parte de los de Gandesa y Montblanch, y por consiguiente en un radio mucho mayor que el del antiguo *campo*. Además se usa en Tortosa, donde en caso de silencio de las partes lo establece una de sus costumbres escritas (1).

Es tan general la de dicho pacto, que Cancer (2) supuso y Molino (3) sostuvo que no era necesario consignarlo. Fontanella (4) dice que así lo declaró la antigua Audiencia en 24 de Octubre de 1595 para el caso de no haberse otorgado capitulaciones matrimoniales; pero añade que cuando se pretenda algun derecho en virtud de asociacion no pactada, se deberá probar que segun costumbre particular del lugar, se reputan asociados tácitamente los esposos á compras y mejoras.

Aceptamos la opinion de Fontanella. La prueba que indica, será muy difícil, pues se hallarán pocos ejemplos de matrimonios celebrados sin el otorgamiento de capitulaciones, y por consiguiente faltarán los antecedentes indispensables.

§ 168. **¿En qué consiste? Sus efectos.** — La asociacion se pacta diciendo el nóvio, que *acoge y asocia á su futura esposa á todas las compras y mejoras, ganancias y adquisiciones que durante el matrimonio se hagan*.

Cuando no se precisa la parte que adquirirá cada cónyuge, las ganancias se partirán por mitad.

En virtud de dicho pacto, todo lo comprado con dinero que no haya venido de fuera del matrimonio especialmente para uno de los cónyuges, se reputa adquirido con los ahorros que de la renta del patrimonio ó de los rendimientos del trabajo logran el buen cálculo y esfuerzo del marido y el cuidado que la mujer tiene en las cosas domésticas. Las mejoras realizadas en las fincas de cualquiera de los esposos constituyen un aumento de su valor, por cuya razon se equiparan á las compras. Si alguno de los esposos está obligado á entregar una dote, una parte legítima ó un legado en metálico, y lo realiza sin desmem-

---

(1) *Llibre de las costumes*, Rúbrica 1.ª del Lib. 5.º—En el valle de Aran tambien existe.

(2) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 7.º, Núm. 168.

(3) *De rit. nup.*, Lib. 3.º, Quæst. 77.

(4) *De pactis nup.*, Claus. XI, Glos única, Ns. 3 á 6.

brar el patrimonio con adjudicaciones al interesado ó ventas, se entiende que el patrimonio ha sido mejorado, en cuanto habria sido desmembrado si con parte de él se hubiesen cumplido aquellas obligaciones; el importe de estas será una *mejora*, que á su tiempo habrá de dividirse. Por esto es muy frecuente que al practicarse la liquidacion resulte que la viuda (1), ó sus herederos tienen derecho á una cantidad muy crecida, en concepto no solo de las compras si que tambien de las mejoras hechas durante el matrimonio.

Consecuencia de lo dicho es que lo adquirido por donacion ó causa hereditaria no viene comprendido en la asociacion. Fontanella (2) dice que es nulo el pacto contrario; pero opinamos á favor de su validez, pues las disposiciones romanas permiten la sociedad de todos los bienes.

Mientras existe la union matrimonial, el marido es el libre administrador de las cosas compradas y de las mejoras realizadas; pudiendo disponer de ellas por acto entre vivos (3) con tal de que obre de buena fé y sin ánimo de perjudicar á la esposa (4). La disolucion del matrimonio es lo que precisa las ganancias á que tienen derecho, por una parte el cónyuge superstite, y por otra los herederos del premuerto. Como frecuentemente se nombra usufructuario al cónyuge sobreviviente, hasta su muerte no se hace efectiva la division y correspondiente adjudicacion de las cosas compradas y del importe de las mejoras, pero la liquidacion debe practicarse á la muerte del primer cónyuge. El lucro obtenido en unas cosas se ha de compensar con las pérdidas habidas en otras (5), y se deducirán las deudas contraidas durante el matrimonio.

§ 169. Modo de hacerse la liquidacion é inscripcion de los gananciales.—La liquidacion se practica por el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto. Si alguno de éstos fuere menor ó incapacitado, será necesaria la aprobacion judicial, con intervencion del ministerio fiscal. En este caso si el cónyuge difunto hubiere prohibido la formacion de testamentaria, el expediente judicial se reducirá á la presentacion del inventario, y del proyecto de liquidacion, de los títulos de adquisicion, ápocas de pago de dotes y demás deudas análogas satisfechas, debiendo justificarse debidamente las mejoras. El juez oirá á tres letrados y al promotor, y dictará auto definitivo.

---

(1) Ó el viudo de una heredera de sus padres, ú otra persona (*pobilla*).

(2) *De pactis nup.* Claus. XI, Glos. única. Ns. 7. 8 y 9.

(3) Por esto dicen los autores que al adquirir el marido, la mujer adquiere revocablemente la mitad. (Cancer, *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 5.º, Núm. 38.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. XI, Glos. única, Ns. 14 y 15.)

(4) Fontanella, *Eod.*, Ns. 15 á 38.

(5) Fontanella, *Eod.*, Ns. 10 y 11.—Molino, *De rit. nup.*, Lib. 3.º, Quæst. 73, Ns. 16 y siguientes.

Además, la inscripcion de las ganancias en el Registro de la Propiedad podrá hacerse en virtud de declaracion del heredero del cónyuge premuerto, siempre que sea mayor de edad y no resulte gravado con una restitucion. Esta declaracion y la consiguiente inscripcion, en el caso de contener alguna omision, no perjudicara al cónyuge sobreviviente.

La declaracion que haga por sí el cónyuge superstite, debe recibir el asentimiento de los herederos del premuerto, los cuales no podrán prestarlo si no fueren mayores de edad, ó por otro motivo careciesen de capacidad bastante, en cuyo caso será indispensable practicar judicialmente la liquidacion.

A veces la reclamacion de ganancias se reduce á las compras y á las *mejoras* que resulten del pago de dotes, legítimas, legados, etc., prescindiéndose de las verificadas en cada una de las fincas. Entonces la liquidacion es muy sencilla.

La viuda que contrae segundo enlace, no está obligada á reservar á los hijos del primero lo adquirido en virtud de la asociacion, pues se considera que lo adquirió á título oneroso por el cuidado y solicitud puestos en la conservacion y aumento de los bienes (1).

§ 170. **Asociacion otorgada por los padres de los contrayentes, y pactada por estos.**—Muchas veces al otorgarse las capitulaciones el novio tiene padres, y se pacta que continuará viviendo en su compañía. Entonces dichos padres, despues de haber instituido un heredamiento á favor del hijo, manifiestan que acogen á compras y mejoras á los futuros esposos, y éstos que se asocian con aquellos y entre sí.

El pacto en que esto se consigna, se redacta en los siguientes términos: *Los referidos consortes N. y N.* (los padres del novio que le han otorgado heredamiento) *y los futuros cónyuges N. y N., se acogen y asocian á todas las compras y mejoras que se harán durante el matrimonio concertado, dividiéndose entre ellos, viviendo los cuatro, al cuarto; viviendo tres, al tercio; y viviendo juntos solamente los dos futuros esposos, á medias ó por mitad.*

Esto significa que cada cual tendrá una cuarta parte de lo comprado y de las mejoras realizadas hasta el dia del fallecimiento de uno de les asociados; que desde este acontecimiento los sobrevivientes continuarán asociados, y á la muerte de uno de los tres, las ganancias que resulten se dividirán por terceras partes; y que en adelante habrá la asociacion entre los dos supérstites, á cuyo fallecimiento se dividirán por mitad las ganancias desde entonces ocurridas.

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. XI, Glos. única. Núm. 39.—Molino, *De rit. nup*, Lib. 3.º, Quæst 75.

§ 171. **Ganancias pactadas á favor de los hijos.** — A veces al pacto de asociacion se añade un heredamiento á favor de los hijos. Puede hacerse absoluto, estipulando que las compras y mejoras pertenecientes á cada uno de los cónyuges serán adquiridas por todos los hijos de aquel matrimonio, ó por el primogénito, ó por el elegido de entre ellos. Puede ser únicamente prelativo, para el caso de tener el cónyuge sobreviviente hijos de segundo matrimonio.

SECCION 2.ª

DEL PACTO DE HERMANDAD.

§ 172. **¿En qué consiste?**—Fontanella (1) habla del pacto de *agermanament* ó hermandad. Dice que es otra forma de asociacion, en cuya virtud durante la vida de ambos cónyuges son comunes las ganancias y adquisiciones, las que al fallecimiento de uno de ellos son adquiridas por el superstite á su libre disposicion. Esto deberá entenderse con la salvedad de la legítima de los hijos.

CAPÍTULO 13.

DE LOS BIENES PARAFERNALES.

---

§ 173. **Carencia de disposiciones catalanas sobre los parafernales.**—Entre las disposiciones particulares de Cataluña, no hày ninguna que directa y concretamente regule los bienes parafernales.

La Costumbre 22 de las recopiladas por Pedro Albert, presupone la distinta condicion de las cosas dotales y de las parafernales, pues dice que si la mujer heredase un feudo y lo constituyese en dote á su marido, éste prestará homenage al señor y hará todas las cosas que le correspondan como vasallo; pero que si el feudo fuese de los bienes parafernales de la mujer, ésta prestará el homenage por sí sola, dando potestad y haciendo todas las cosas de fidelidad que deban practicarse por razon de aquel feudo.

Esta distincion guarda conformidad á los preceptos de las leyes romanas.

§ 174. **Dominio y administracion de los parafernales.**—Corresponde exclusivamente á la mujer. La Ley 8 del Cod., *De pac-*

---

(1) *De pactis nup.*, Claus. XI, Glos. única. Ns. 41 á 44.—Fontanella dice que los cónyuges deben reservarse una cantidad para testar, pero áun admitiendo la doctrina catalana expuesta en el § 69, no es necesaria dicha reserva, pues el pacto de hermandad no es una renuncia de la facultad de testar.

tis convent., V, **14**, niega al marido cualquiera participacion en estos bienes que no sea de voluntad de la esposa (1). Esta ley prevé un argumento teórico que se ha dirigido contra esta exclusiva administracion, pues dice que, si bien seria conveniente que la persona que dirige á la esposa dirigiese tambien sus bienes, la equidad exige á los legisladores que prohiban al marido la intervencion *nullo modo* en los parafernales.

La Ley **11** del mismo Título dice que el marido puede ejercitar las acciones correspondientes á la esposa *que le haya entregado* documentos de créditos no dotales, y *que deben continuar siendo parafernales;* y que la mujer puede no hacer dicha entrega y ejercitar por sí misma las acciones y percibir las cantidades que le correspondan.

El parecer de todos los jusisconsultos catalanes (2), la jurisprudencia del Senado ó antigua Audiencia de Cataluña, la práctica inmemorial, y hasta la jurisprudencia de la moderna Audiencia de Barcelona, de consuno afirman la interpretacion de las leyes romanas en el sentido más ámplio á favor de la mujer. En su consecuencia ésta podia contratar libremente sobre los bienes parafernales, enagenándo los muebles é inmuebles, y dándolos en depósito, comodato etc.

§ 175. La esposa puede ceder al marido la administracion y la propiedad para durante su vida como aumento de dote.—Con arreglo á las citadas Leyes 8 y 11 del Cod. *De pactis convent.* y á la jurisprudencia catalana, el marido sólo tendrá la administracion de los parafernales cuando la esposa se la cediere (3).

Segun la Ley 9ª, § 3 Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3, la mujer tambien puede dar los parafernales al esposo como dueño durante el matrimonio, en cuyo caso toman la consideracion de aumento de dote (4). Esta cesion ha de constar de un modo muy explícito.

El marido es responsable de la administracion, prestando la culpa leve *in concreto (dolum et diligentiam maritus circa ea præstare debet, qualem et circa suas res habere invenitur)* (5).

---

(1) Dice la Ley: *Hac lege decernimus, ut vir in his rebus quas extra dotem mulier habet, quas Greci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat comunionem, nec aliquam ei necessitatem imponat: Quamvis enim bonum erat mulierem, quæ seipsum marito committit, res etiam ejusdem pari arbitrio gubernari, attamen quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores nullo modo (ut dicunt est) muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere.*

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 7.ª

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.º, Ns. 17 y sigs.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 7.ª, N. 10.—En este punto guardan conformidad los derechos catalan y castellano. Sobre ambos existen muchas sentencias del Tribunal Supremo.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IIV, Glos. 1.ª, Part. 2.ª

(5) Ley 11, *in fin*, Cod. *De pactis convent.*, V, 14.—Ley 95, proem. Dig. *Ad legem Falci.*, XXXV, 2.

Segun el art. 169 de la Ley Hipotecaria, los parafernales inmuebles deben siempre inscribirse á nombre de la esposa. Respecto á los demás parafernales, los Arts. 168 y 180 disponen que cuando solemnemente y bajo fé de Notàrio hayan sido entregados en administracion al marido, éste deberá constituir hipoteca, á cual fin se apreciarán los bienes y se fijará su valor por los que, con arreglo á la misma ley, tienen facultad de exigir la hipoteca y de calificar su suficiencia.

§ 176. El marido, ¿ha de intervenir en los contratos que celebre la mujer sobre los parafernales cuya administracion se reservó?—En Cataluña siempre se contestó negativamente; pero la publicacion de la Ley de Matrimonio civil dió nacimiento á dudas muy fundadas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de Mayo de 1866, dijo que el señorío y administracion de la mujer en los parafernales que no habia entregado expresamente á su marido con ánimo de que tenga su dominio durante el matrimonio, se hallaban limitados por la prohibicion consignada en la Ley 11, Tit. 1.°, Lib. 1.° de la Novísima Recopilacion de poder celebrar la mujer contrato alguno ni separarse de los contraidos sin licencia ó consentimiento del marido.

La Ley aludida por el Tribunal Supremo es una de las de Toro, y por consiguiente, como anterior al decreto de Nueva Planta, nunca ha estado vigente en Cataluña (1). Además dicha sentencia recayó en un juicio promovido por una mujer que, partiendo del falso supuesto de necesitar aquella autorizacion y no habiéndola obtenido extrajudicialmente, acudió á los tribunales para lograr su suplemento.

El mismo Tribunal, en 9 de Julio de 1874, falló un recurso que trataba directamente el punto que examinamos, y declaró: 1.° Que no tenia aplicacion la Ley 17, Tit. 11, Partida IV ni la doctrina formada de acuerdo con la misma, puesto que versando el litigio entre catalanes sobre bienes sitos en Cataluña, y existiendo en este país leyes especiales en materia de bienes parafernales anteriores al decreto llamado de Establecimiento y Nueva Planta, en ellas deben fundar sus sentencias los Tribunales con arreglo á lo preceptuado en dicho decreto, y nó en las de Castilla; 2.° Que dichas leyes especiales autorizan á la mujer casada para administrar y disponer libremente de los bienes parafernales con independencia del marido. Esta sentencia se refiere á varios actos otorgados en los años 1861 á 1866, y por consiguiente no tuvo en cuenta los preceptos de la Ley de Matrimonio civil.

Con anterioridad, habiendo el Registrador de la Propiedad de Manresa denegado la inscripcion de una escritura de venta de bienes parafernales, otorgada por una mujer sin consentimiento de su esposo, el

(1) *Introduccion histórica*, págs. 32 y 34.

Regente de la Audiencia, atendiendo á la Ley 8.ª del Cod. *De pactis convent.* y á la Costumbre 22 de Pedro Albert, ordenó que se practicase la inscripcion. Esta providencia fué aprobada por la Direccion general del Registro en 29 de Abril de 1865.

Tal era la práctica observada al publicarse la Ley de Matrimonio civil.

El art. 49 de esta Ley dice que la mujer no puede administrar sus bienes ni celebrar contratos, á no ser en los casos y con las formalidades que las leyes prescriban; pero segun el 50, los actos de esta especie que la mujer ejecutare serán nulos y no producirán obligacion ni accion si no fueren ratificados expresa ó tácitamente por el marido.

El 46 dispone que el marido administrará los bienes de la mujer, excepto aquellos cuya administracion corresponda á la misma por la ley; y estará facultado para darle licencia para celebrar los contratos y actos que le sean favorables.

Estas últimas palabras y las del artículo 50 conceden un derecho absoluto al marido de intervenir en los contratos que por cualquier motivo verifique la mujer, y por consiguiente constituyen una limitacion de la facultad de contratar que la ley conserva para la mujer en los casos expresados por las disposiciones vigentes. Esta interpretacion no queda destruida por la salvedad que, para las disposiciones forales, hizo la Ley que mandó publicar la de Matrimonio civil, pues ya hemos visto (1) con cuántas restricciones se ha reputado concebida.

En 4 de Junio de 1879 la Direccion general del Registro confirmó la denegacion de inscripcion que hizo el Registrador de Olot de una venta otorgada por una mujer casada, sin intervencion de su esposo, y se fundó: «1.° En que segun la doctrina del art. 49 de la Ley de Ma»trimonio civil y 1.° de la de 18 de Junio de 1870 mandando publicarla, »la mujer casada no puede celebrar contratos sin licencia de su mari»do, á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las »leyes prescriben, y sin perjuicio de lo que dispone el derecho foral »vigente respecto de los efectos civiles del matrimonio en cuanto á las »personas y bienes de los cónyuges; 2.° En que las únicas disposicio»nes del derecho vigente en Cataluña son la Ley 8.ª del Cod. *De pactis* »*convent.* y la Costumbre 22 de Pedro Albert; 3.° En que la práctica »más generalmente seguida ha interpretado el espíritu de las citadas »leyes romana y catalana en el sentido de conceder á la mujer la más »ámplia facultad para contratar dichos bienes sin intervencion de su »esposo; 3.° En que por muy atendible que sea el origen de dicha »práctica y el de la interpretacion en que se funda, no puede prevale»cer en la actualidad en atencion á la sentencia del Tribunal Supremo

---

(1) §§ 28, 53 y 54.

»de 12 de Mayo de 1866; 4.º En que si bien esta sentencia no forma »jurisprudencia, la interpretacion en ella consignada está de acuerdo »con la admitida y fijada por el mismo Tribunal en otras dos senten- »cias al declarar que, segun la citada ley foral, los frutos ó rentas de »los bienes parafernales están destinados para satisfacer las cargas del »matrimonio, siendo este último principio uno de los fundamentos de »la prohibicion impuesta por el derecho civil comun á la mujer casada »para celebrar contratos sobre sus parafernales sin obtener prévia »licencia ó consentimiento del marido; 5.º En que mientras no se »altere ó reforme la interpretacion dada por el Tribunal Supremo á »las disposiciones del derecho foral vigente en los expresados territo- »rios de Cataluña sobre la capacidad de la mujer casada para contra- »tar sin licencia del marido, no puede dejar de aplicar la Direccion el »precepto general contenido en el art. 49 de la citada Ley de Matri- »monio civil, supuesto que no existen disposiciones de carácter foral »que de una manera clara y terminante contengan las excepciones »establecidas en dicho artículo y en el 1.º de la Ley de 18 Junio de 1870; »y 6.º En que son nulos, con arreglo al artículo 50 de la citada Ley de »Matrimonio civil, los contratos celebrados por la mujer casada sin »licencia del marido, en los casos no exceptuados expresamente por »las leyes, mientras no sean ratificados expresa ó tácitamente.»

Esta decision, de la cual son completamente aceptables los fundamentos 5.º (en la segunda parte) y 6.º, resuelve la duda en cuanto á la inscripcion; pero no en lo referente á la parte intrínseca del acto, por mas que esperamos verla resuelta en favor de la intervencion del esposo. El fundamento cuarto de la resolucion referida nos obliga á examinar detenidamente otra cuestion.

§ 177. ¿A quién pertenecen los frutos de los parafernales? ¿Tienen algun objeto especial?— Las leyes romanas conceden la administracion de los parafernales á la mujer en términos demasiado absolutos para suponer que pueda ser limitada por algun derecho del marido sobre los frutos. Aun en el caso de que al segundo se le haya conferido aquella administracion, la esposa tiene derecho á los frutos.

Así se ha observado constantemente en Cataluña, y como dice un escritor contemporáneo (1), esta práctica es muy fundada, pues en Cataluña no existe la sociedad legal de gananciales y por consiguiente cada uno de los esposos dispone libremente de los bienes y de sus productos, cualquiera que sea la obligacion moral que sobre ellos pese (2). La de sostener las cargas del matrimonio recae exclusiva-

(1) El Sr. Falguera en las notas á la obra de Gibert.

(2) En el campo de Tarragona, Tortosa y valle de Arán, donde por costumbre ó ley tiene lugar la asociacion de los esposos á compras y mejoras, la doctrina catalana deberá aplicarse con alguna limitacion.

mente sobre el marido, y la mujer sólo está obligada á ello con los productos de la dote. Por esto en Castilla la Ley 60 de Toro dispone que cuando la mujer renuncia los gananciales, no está obligada á satisfacer *parte alguna* de las deudas del marido. Por la misma razon el Tribunal Supremo, en juicio referente á Castilla (1), declaró que la licencia marital es indispensable á fin de evitar al marido los perjuicios y daños que de otro modo podrian irrogársele con la desmembracion del capital de la sociedad de gananciales.

Existe una limitacion importantísima en el pleno disfrute de los parafernales por la mujer.

El derecho canónico concede al marido un derecho perfecto á exigir de lá mujer, que tenga bienes particulares, lo necesario para subsistir. La Ley de Matrimonio civil obliga á los cónyuges á socorrerse mútuamente (2) lo mismo á prestarse alimentos que siempre son recíprocos (3), sin que pueda alegarse que dicha ley, en cuanto á los efectos civiles, respeta las legislaciones forales, pues en este punto ha robustecido las disposiciones del derecho canónico.

Además, el romano impone á la madre la obligacion de dar alimentos á los hijos siempre que el padre no pueda proporcionárselos (4); con este motivo es cuando detalla lo que se comprende bajo la palabra «alimentos». Por consiguiente cuando los bienes del marido y los dotales no basten para sostener las cargas matrimoniales, y los hijos carezcan de bienes ó rendimientos suficientes para vivir, tendrán derecho á reclamar alimentos sobre los bienes parafernales de la madre; y el padre, como legal protector y representante de sus hijos menores, podrá hacerse adjudicar lo suficiente de los bienes parafernales, para proporcionarles la completa alimentacion cuando la esposa no lo cumpla espontáneamente (5).

Dadas estas limitaciones, opinamos que el principio general del completo disfrute de los parafernales por la esposa no fué negado en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Noviembre de 1864. Un litigante pretendia el beneficio de pobreza, fundándose en carecer de bienes y *en vivir* de los productos de una tienda propia de su esposa y que no le habia sido constituida en dote, por lo cual no tenia en ella dominio ni administracion ni derecho alguno, segun las leyes de Cataluña. La Audiencia le denegó aquel beneficio, y el Tribunal Supremo no dió lugar al recurso de casacion, fundándose en que si bien á la

---

(1) Sent. de 25 de Setiembre de 1861.
(2) Art. 44.
(3) Art 72.
(4) Véase el penúltimo apartado del § 23
(5) Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1857; 4 de Marzo de 1858; 9 de Enero de 1860, y 29 de Enero de 1862.

mujer casada pertenece el dominio y administracion de los bienes parafernales cuando no los hubiere entregado espontáneamente á su marido, este principio no obsta á que los frutos ó rentas de esos bienes, como los que produzcan todos los demás que los cónyuges posean, sirvan, durante el matrimonio, para atender á sus cargas.

§ 178. **Restitucion de frutos por el marido que ha tenido la administracion de los parafernales.** — Los frutos percibidos pero no consumidos deben restituirse á los herederos de la mujer. La Ley 17, Cod. *De donat. inter vir. et uxor.*, V, 16 dispone que los herederos del marido habrán de restituir los frutos por éste consumidos sólo en cuanto se hizo más rico *(in quantum locupletior fuit)* (1), á no ser que los consumiese contra la voluntad de la esposa, pues en este caso deberán restituirlos todos.

Debe probarse la voluntad de la mujer, bien directamente, bien por hechos que acrediten el mandato tácito ó la ratificacion (2)

No constando lo contrario, se presume que los frutos se han consumido para uso comun y con la voluntad de la mujer (3); tambien se presume que el marido no se ha hecho más rico con los bienes parafernales (4), y por consiguiente lo contrario deberá probarse.

CAPÍTULO 14.

DE LOS DERECHOS QUE CORRESPONDEN A LA VIUDA.

SECCION PRELIMINAR.

§ 179. **Disposiciones que existen en la legislacion particular de Cataluña.** — En el Lib. V del Vol. 1.° de la compilacion legal, existe el Título 3.° que, bajo el epígrafe *Disolt lo matrimoni ¿quín, dret pertany á la viuda?*, contiene un usatge y dos constituciones.

El usatge *Vidua* disponia que «cuando la viuda despues de la »muerte de su marido viviere en las propiedades de éste, honesta »y castamente, y alimentando á sus hijos, tuviese los bienes de su »marido, tanto tiempo como fuere viuda; si cometiere adulterio y vio» lare el lecho de su marido, perderia las propiedades y todos los bie-

---

(1) Véase tambien la Ley 33, § 1, Dig. *De donat. inter vir et uxor.*, XXIV, 1.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 7.ª, Ns. 44, 46, 57, 58 y 59. —Véase la Ley 9, § 3, Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.°

(3) Véase la Ley 9, § 3, Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.°—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, Ns. 17 y sigs. — Gibert, *Theorica artis notariæ*, Part. 1.ª, Cap. 2.°, Tit. 1.° al fin.

(4) Fontanella, *Eod.*, Ns. 47 á 53.

» nes de éste, que serian entregados á los hijos si tuvieren edad para » ello, y sino á sus próximos parientes; pero no perdiendo mientras » viviere su haber ni el esponsalicio, el cual despues pasará á los hijos » ó á los parientes.»

En virtud de este usatge la viuda tenia siempre la posesion y el usufructo de todos los bienes dejados por el marido, aunque éste no hubiere recibido dote, ni hubiere constituido esponsalicio á la primera.

En Barcelona se introdujo la costumbre, sancionada en los capítulos 5.° y 6.° del *Recognoverunt proceres*, de limitar el usufructo y posesion al primer año de viudez, pasado el cual sólo procederian cuando no se satisfaciese á la viuda el dote y el esponsalicio á que tuviere derecho.

Esta costumbre pasó á ser ley general de Cataluña en virtud de la Constitucion primera del expresado Título, conocida con el nombre de *Hac nostra*, por ser estas palabras las primeras palabras del texto latino que forma el Capítulo 32 de los acuerdos de las Córtes habidas por Pedro III en 1351 en la villa de Perpiñan. Traducida al castellano dice así:

« Por esta nuestra Constitucion, que ha de valer en todos tiempos, » sancionamos que la mujer, muerto el marido, *incontinenti* despues de » la muerte de éste se entienda poseer todos los bienes por él dejados, » y durante el año del luto se la provea de dichos bienes con todas las » cosas necesarias á su vida: despues de dicho año del luto haga suyos » los frutos de aquellos bienes, hasta que sea enteramente satisfecha » de su dote y esponsalicio, excepto aquellas mujeres á las cuales por » sus maridos les fueren asignados para seguridad de la dote y del » esponsalicio ciertos lugares ó rentas ú otros bienes de los cuales » puedan provenir rentas anuales ó emolumentos eventuales, en cual » caso sólo se entenderá que posee aquellos lugares, rentas ó bienes, y » sobre ellos tenga su provision y haga suyos los frutos. Añadiendo que » la mujer en el primer caso, esto es, cuando se entienda que posea » todos los bienes del marido, esté absolutamente obligada á principiar » inventario dentro de un mes, contadero desde que tendrá conoci» miento de la muerte de su esposo, y concluirlo dentro del siguiente; » y de otra manera *ipso facto* quede privada de la provision del año del » luto y del provecho de hacer suyos los frutos; mas con esto no » entendemos de modo alguno relevar de la toma de inventario á los » que á ello están obligados.»

Esta importantísima Constitucion fué aclarada y ampliada por la segunda del mismo título, hecha en las Córtes de Barcelona de 1564, habidas por Felipe I (II de Castilla), y que traducida, es del tenor literal siguiente:

«Declarando la Constitucion del Rey D. Pedro III, hecha en las Cór» tes de Perpiñan, Cap. 32, que principia *Ab aquesta nostra Constitutió*

»etc. Como sea uno de los más principales privilegios que en este Prin»cipado y condados de Rosellon y Cerdaña tienen las viudas en los »bienes del marido; con asentimiento y aprobacion de las presentes »Córtes establecemos y ordenamos que, muerto el marido, su mujer, »sin aprehension corporal de la posesion de los bienes de dicho su »marido, se entienda poseerlos de tal modo que la posesion de dichos »bienes se entienda transferida á favor de dicha viuda inmediatamente »y sin ministerio de persona alguna; y si dentro del tiempo de tomar »el inventario, ó despues de formado, alguien tomare la posesion real »de los bienes del marido ó de parte de ellos, pueda la viuda intentar »contra él los remedios de despojo, como si realmente y de hecho ella »los hubiere poseido. Además, aclarando la misma Constitucion para »quitar toda duda que pudiese ocurrir sobre la hipoteca y *tenuta* de »los bienes del marido, habiendo hijos del primer matrimonio y sobre»viviendo la segunda mujer ó hijos de ésta, con el consentimiento de »las presentes Córtes establecemos y ordenamos que en este caso los »hijos que sean herederos de la primera esposa deban ser preferidos, »en cuanto á los privilegios y beneficios de dicha Constitucion, á la »segunda mujer y á sus hijos y herederos, hasta que sean enteramente »satisfechos de la dote y del esponsalicio de la madre.»

Los derechos que derivan de estas disposiciones son conocidos con los nombres de *año del luto* y de *tenuta*. Se hallan tan íntimamente enlazados, que, á pesar de constituir el segundo un privilegio dotal de la mujer, hemos preferido examinarlo al lado del primero á presentarlo entre las otras garantías otorgadas por las leyes para la restitucion de la dote. Además, en abono de este proceder existe la razon histórica de la comunidad de orígen, como lo demuestran el Usatge *Vidua*, que comprende ambos derechos en el absoluto de viudedad, y la Constitucion *Hac nostra*, que á la vez los regula.

SECCION 1.ª

DERECHO DE LA VIUDA DURANTE EL AÑO DEL LUTO.

§ 180. ¿En qué consiste?—Segun la Constitucion *Hac nostra*, que es la 1.ª del Tít. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º, durante el primer año de viudez, llamado año del luto *(any del pló)*, la mujer tiene derecho á que por los herederos del esposo, con los bienes por el mismo dejados, se la *provea con todas las cosas necesarias á la vida*. Esto procede, tanto si la viuda es pobre como si es rica; tanto si aportó dote ó se le concedió esponsalicio, como si es indotada ó tiene derecho al *escreix;* tanto si no se le restituye la dote y se le entrega el esponsalicio, como si se verifican ambas cosas (1).

(1) Mières, *Apparatus;* Coment. á la Const. *Hac nostra*, Ns. 72, 73. 77, 92, 131 y 137. —Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 3.ª, Part. 3.ª, Ns. 1 á 9.

Además poseerá civilmente los bienes que fueron del marido, si aportó dote ó se le constituyó esponsalicio, pues será *tenutaria*. En este caso mientras no se le entregan las cosas ó cantidades que por los referidos conceptos ha de cobrar, es costumbre que, á más de poseer, perciba los frutos de cuya inversion habrá de dar cuenta y razon, cuando los herederos del marido cumplan con las referidas entregas (1), á lo cual no está obligada respecto á los demás años que sea tenutaria.

Cuando fuere indotada y no deba cobrar esponsalicio, poseerán dichos herederos. Tal es la práctica observada, de acuerdo con la doctrina de Fontanella (2).

§ 181. **¿Qué deben proporcionar á la mujer los herederos del marido?** — Las palabras de la referida Constitucion significan que á la viuda se le deben los alimentos, en el sentido más lato de esta palabra (3). Se fijarán atendiendo á la importancia de los bienes dejados por el marido, á la cuantía de la dote, si la hubiere, y á la condicion de la esposa; de modo que, segun Fontanella, podrá comprenderse el coche, si el marido lo tenia y es razonable que la viuda continúe disfrutando de esta comodidad (4).

§ 182. **Morada de la viuda durante el año del luto.** — Dicen Fontanella (5) y Mières (6) que para disfrutar la mujer del derecho del *año del luto*, ha de vivir en la casa de los herederos del marido, trabajando segun su calidad, á no ser que para ella no fuese decorosa la compañía de dichos herederos; pero nada autoriza semejante opinion.

Fontanella (7), siguiendo á Despujol (8), opina que si la mujer viviere en la casa de sus padres ó de sus hermanos, de los cuales reciba alimentos, no tendrá derecho á reclamar que le sean abonados por el heredero de su difunto esposo, á no ser que al efecto le hubiere interpelado, ó que para dichos alimentos se hubieren tomado cantidades á préstamo.

En el caso en que la viuda perciba los alimentos y los herederos del

(1) Vives, Nota 6.ª al Tít. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(2) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos 3.ª, Part. 5.ª, Ns. 10 y 11. — Mières, (en el lugar citado, N. 71) sostuvo que en este caso tambien la mujer tenia la posesion trasmitida por el ministerio de la ley.

(3) Mières, *Apparatus*, Comentario á la Constitucion *Hac nostra*, Núm. 89. — Despujol, Add. ad Mières, *eodem* Núm. 58 y 59. — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 5.ª, Ns. 12, 13 y 14.

(4) Fontanella, *Eod.*, Ns. 25 á 31.

(5) *Eod.*, Ns. 18. 20 y 21.

(6) *Apparatus*; Comentario á la Constitucion *Hac nostra*, Ns. 4 y 5.

(7) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 5.ª, Ns. 16 y 17.

(8) *Addi. ad Mières*, *super Const. Hac nostra*, N.º 148.

marido tengan los inmuebles en que consista la dote, si fuere tenutaria ¿tendrá derecho á los frutos que produzcan durante el año del luto? Fontanella (1), que plantea esta cuestion, no la resuelve inclinándose á la solucion de que los alimentos se descontarán de los frutos; lo cual implica el reconocimiento de que la viuda tiene derecho á los segundos.

§ 183. **Extincion del derecho del año del luto.**—A más de la extincion natural al término del año, tiene lugar cuando la viuda contrae nuevo matrimonio, sin que deba restituir los alimentos percibidos, pero sí los vestidos de luto (2).

Si el marido hubiere prelegado los alimentos á su esposa, deberán continuarse prestando, con arreglo á lo dispuesto en el derecho romano.

SECCION 2.ª

DE LA TENUTA.

§ 184. **¿Qué es la tenuta?**—Es el privilegio concedido á la mujer por razon de su dote y del esponsalicio; en cuya virtud disuelto el matrimonio por la muerte del esposo, tiene el usufructo y la posesion civilísima de todos los bienes dejados por éste, hasta que se le satisfagan enteramente la dote y el esponsalicio.

Ya dijimos que antiguamente existia el derecho absoluto de viudedad establecido en el usatge *Vidua*, y que en Barcelona se introdujo la costumbre, sancionada por los Capits. **4.°** y **5.°** del *Recognoverunt proceres*, limitándola á la *tenuta* mientras no cobrase aquellos créditos; costumbre que pasó á ser ley de todo el Principado, merced á la Constitucion *Hac nostra*, que es la **1.ª** del Título 3.°, Lib. V, Vol. **1.°**, completada por la siguiente, ambas transcritas en la pág. **152**.

Fontanella (3) y Despujol (4) dicen que la Constitucion *Hac nostra* es exorbitante y contraria al derecho comun. Exorbitante por conceder á la viuda la posesion *sine corpore et animo;* contra el derecho, pues para el caso que regula, deroga las disposiciones que exigen la toma de posesion para adquirir un derecho real. De estas consideraciones los citados jurisconsultos deducen que la referida constituciones se ha de interpretar restrictivamente, como Cancer (5) daba por indisputable.

---

(1) *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 2.ª, Part. 1.ª, N.° 37 y Claus. VII, Glos. 3.ª Part. 5.ª, N.° 36.

(2) Fontanella, *Eod.*, Ns. 32 á 35. — Mières, en el lugar citado, Ns. 78 y 81. — Despujol, *Eod.*, Ns. 51 y 53.—Miguel Ferrer, Part, 3.ª *Observ.* Cap. 44, apart. N.° 6.

(3) *De pactis. nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part 1.ª, Ns. 14, 15 y 16.

(4) *Add. ad Mières, super Const. Hac nostra*. N.° 44.

(5) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 7, Ns. 85 y 90.

Distinto era el parecer de Mières (1). Fundándose en que dicha constitucion derogó el Usatge *Vidua*, sancionador de un derecho absoluto de viudedad, sostenia que no constituia un privilegio para las mujeres, sino una limitacion en las prerogativas que antiguamente competian á la viuda en Cataluña.

Entre ambas opiniones, optamos por la primera. La tenuta es una gran cortapisa al derecho de los herederos y constituye un beneficio. En tal concepto no puede extenderse á personas ni á casos no previstos en las disposiciones legales. Por esto el viudo no goza de él en cuanto al *axobar* que hubiere que hubiere aportado, sin que, como dijimos, valga el pacto en contrario.

§ 185. Posesion civilísima que confiere el derecho de tenuta. Bienes en esta comprendidos. Consecuencias.—Segun la Constitucion *Hac nostra*, se entiende que la viuda, á la muerte del marido, posee *incontinenti* todos los bienes dejados por el segundo.

La constitucion siguiente declara que para ello no es necesaria la aprehension corporal, de tal modo que la posesion de dichos bienes se entiende trasferida á la viuda inmediatamente y sin ministerio de persona alguna. Añade que si alguien tomase la posesion real de los bienes del marido ó de parte de ellos, la viuda podría intentar contra él los remedios de despojo, como si ella realmente y de hecho los hubiese poseido.

Merced á estas disposiciones, la viuda que quiera ser real y efectivamente *tenutaria*, deducirá el interdicto de adquirir para convertir la posesion civilísima en actual y real (2). Si alguien se apoderó de todos ó parte de los bienes, podrá intentar contra ellos el interdicto de recobrar, tanto si lo hicieron despues de haber tomado ella el inventario, como durante el tiempo de su formacion; pero sin que pueda obrar de autoridad propia (3).

Sabido es que el interdicto de recobrar no procede al año y un dia de haberse cometido el despojo (4); pero despues de este plazo, la tenutaria podrá *accionar de despojo* en juicio ordinario, no prescribiendo este derecho hasta el transcurso de treinta años (5), término comun de la prescripcion de las acciones.

---

(1) *Apparatus, Eod.*, Num. 139.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 10, Ns. 2, 3 y 4.

(3) Cancer. *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. VII, Ns. 49 al 93, 97 y 109.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 10.ª, Ns. 3 á 93.

(4) Pro. Inst. *De per. et temp. actio.* IV, 12.

(5) Usatge *Omnes causæ.*— Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 9.ª, Ns. 39 á 51.—Cancer (*Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 7.º, N.º 29.) supuso que por el transcurso de un decenio sin haberse deducido reclamacion judicial, se entiende consentido el despojo, y por consiguiente que se pierde la posesion civilísima. En la práctica no se ha seguido la afirmacion de Cancer.

La viuda puede accionar de despojo cuando el heredero del marido insta el secuestro de cosas hereditarias que están en poder de tercero (1).

Cuando se la despoja violentamente de la posesion, puede accionar criminalmente (2).

En la posesion civilísima por razon de la tenuta, se comprenden los inmuebles, muebles, derechos y acciones. Por esta razon los jurisconsultos catalanes (3) llaman á la tenutaria vice heredera, y la reputan heredera para el ejercicio de todas las acciones activas y pasivas; diciendo que el juicio habido con ella perjudica á los herederos del marido, y por consiguiente que si durante su curso éstos entregan la dote y el esponsalicio á la viuda, el actor no está obligado á principiarlo nuevamente contra dichos herederos, bastando que pida su citacion para continuar el litigio.

Respetamos esta doctrina, pero opinamos que cuando en el juicio se trate de cualquiera cosa que afecte á la propiedad de todos ó de cualquiera de los bienes que forman la tenuta, deberá dirigirse la accion contra los herederos en el concepto de propietarios, y contra la tenutaria en el de usufructuaria, importando la falta de citacion de los primeros un vicio de nulidad del procedimiento.

Forman parte de la tenuta los bienes que el difundo marido no poseyó, pero que son adquiridos por el heredero en virtud de causa hereditaria, es decir, por razon de contrato ú otro hecho del difunto, ó por reivindicacion instada por éste ó por sus herederos (4). Pero sobre estas cosas la viuda no tiene la posesion civilísima; debe reclamar la corporal, ó manifestar ostensiblemente que principia á poseer (5).

En la posesion civilísima se comprende el derecho de patronato y el dominio directo. La tenutaria tiene el derecho de presentacion de los beneficios y el de cobrar los laudemios que se consideran frutos de aquel dominio (6).

---

(1) Fontanella, *Eod.*, N.º 17 y la misma Claus. y Glos. 1.ª, Part. 6.ª, N.º 11.

(2) Id. Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 9.ª, Ns. 3 á 13, citando varias sentencias.

(3) Fontanella. *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3ª., Part. 3.ª, Ns. 23, 24, 25 y 27.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 17, N.º 404.—Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, Ns 62 á 66,—Despujol *Add. ad Mières* super Const. *Hac nostra*, Ns. 42, 82 y 83 — Peguera, *Repet. const Item ne super laudem*, Vers. 8 N. 12. — Óliba, *Inst. de actio.*, Relec. 2,ª, § fuerat, N. 9.—Socarrats, *Coment. Petri Albert*, Cap. *Si defuncto*, N. 39 y 49.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus VII, Glos. 3.ª, Part 3.ª Ns. 37 á 44.—Véase tambien la Claus. IV, Glos. 12, Part. 5.ª, N. 6.—Este autor enumera tambien los redimidos en virtud del pacto de retro, citando una sentencia on apoyo de su opinion y diciendo que así resulta de aplicar por analogia una ley del Cod. *De pigno.*

(5) Fontanella, *Eod.*, N. 22.

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VI, Glos. 3.ª, Part. 5.ª Ns. 38 á 42.—Mières, *Appuratus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, Ns. 110, 291 y 292.

No se comprenden en la tenuta los bienes en que el marido sólo tenia el usufructo (5). Por consiguiente los donados á los hijos del primer matrimonio, en los que el padre se reservó el usufructo, no forman parte de la tenuta de la segunda esposa; así lo sostiene Fontanella en la *Decision* 363, sin que pueda generalizarse la sentencia aludida en la siguiente, por referirse al caso de la reserva expresa del padre donador para asegurar con los bienes donados la dote que pudiera recibir de una segunda consorte. Basta lo dicho para comprender cuán infundada es la opinion de los que suponen que el propietario ha de reclamar de la viuda la posesion de dichas, cosas, sin que pueda tomarla por sí, en cuyo caso, dicen, la viuda podria accionar de despojo contra aquel.

Respecto á los bienes inmuebles situados fuera de Cataluña, Despujol (6) dice que los escritores catalanes sostienen que se comprenden en la tenuta, porque en todo lo relativo á la restitucion de la dote y á los medios para lograrla debe atenderse siempre á la ley del domicilio del marido. Fontanella (7) refiere la afirmacion de Despujol, y se inclina á la negativa, que será procedente segun la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre el derecho que regula el dominio y destino de los inmuebles.

La tenutaria que posee realmente, puede intentar el interdicto de retener como cualquier otro poseedor (8).

Tampoco se extendia á los bienes vinculados, y por consiguiente hoy no comprende la mitad correspondiente al inmediato sucesor del vínculo. Cancer, Molino y Óliba sostuvieron lo contrario, pero Fontanella (0) refutó victoriosamente sus razonamientos, fundándose en que los bienes vinculados y de fideicomiso no pueden considerarse propiamente del marido difunto, y en que la Constitucion *Hac nostra* debe intrepretarse restrictivamente, sin que valga el ejemplo de la viudedad foral de Aragon. En confirmacion de esta doctrina cita varios fallos de la antigua Audiencia, posteriores á la publicacion de las obras de aquellos jurisconsultos.

Fontanella (1) dice tambien que si la viuda poseyese corporalmente

(5) Fontanella, Id. Claus. IV, Glos. 22. N. 39. — Cancer, *Var resol.*, Part. 2.ª, Cap. 7, Ns. 46. y 76 á 84.—Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, Ns. 72 y 105.—Óliba, *Inst. de actio.*, Part. 1.ª, Lib 3.°, § *fuerat* N. 6.

(6) *Addi. ad Mières* super Const. *Hac nostra*, N. 149.

(7) *De pactis nup.*, Claus VII, Glos. 3.ª, Part. 4., Ns. 32 á 35.

(8) Sobre los casos en que se supondrá perturbada la posesion de la tenutaria, véanse Fontanella. *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 3.ª, Ns. 1 á 14. — Cancer, *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 7, Ns. 49 á 52.– Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*. Ns. 98 y 100. — Despujol, *Add ad Mières* super Const. *Hac nostra*, N. 66. Óliba, *Inst. de activ.*, 2.ª relect., § fuerat. N. 43.

(0) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos 3.ª, Part. 4.ª Ns. 1 á 17.

(1) *Eod.* Ns. 18, 19 y 20.

todos los bienes que poseía su difunto esposo, no se la podrá despojar alegando que son vinculados, pues se presume que todos son libres y que fueron de la propiedad exclusiva del marido; y por consiguiente que el sucesor del vínculo, ó el fideicomisario, deberán proceder por la via ordinaria contra la posesion tomada por la viuda. En corroboracion cita un fallo de la antigua Audiencia.

§ 186. ¿A qué mujeres compete la tenuta?— No sólo á la viuda que al tiempo de su fallecimiento vivia con el marido, sino tambien á la divorciada cuando la separacion no haya sido por causa que produzca la pérdida de la dote y del esponsalicio, opinando Cancer y Fontanella (1) que procederá áun en vida del marido siempre que en virtud del divorcio deba entregarse la dote á la esposa; pero esta afirmacion nos parece muy aventurada.

La que de buena fé contrajo matrimonio existiendo un impedimento dirimente gozará de la tenuta, pues, como dice Fontanella (2), de la Ley 3.ª Cod. *Solut matri.*, V, 18, y de la 22, § 13, Dig., *Eodem.*, XXIV, 3, se deduce que competen los mismos privilegios para exigir la dote aportada al matrimonio putativo que al verdadero.

Mières y Fontanella (3) dicen que tambien corresponde á la desposada de futuro, si el desposado recibió la dote; pero se equivocan al citar la Auténtica *Præterea* del Cod. *Unde vir et uxor* como fundamento de la igualdad de derecho de la esposa y de la desposada. Cancer (4) sostuvo lo contrario.

Puede suceder que concurran dos viudas, la del padre y la del hijo. Fontanella (5) dice que la segunda tendrá preferencia, si la del padre tomó parte en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales del hijo sin consignar la protesta de que no queria perjudicarse en el derecho de tenuta que en su caso pudiera tener.

§ 187. Corresponde á los hijos herederos de la madre. Preferencia de éstos sobre la viuda segunda esposa del padre.— En virtud del inciso segundo de la Constitucion 2.ª del Tit. 3.° Lib. V, Vol. 1.°, si la madre y el padre hubieren fallecido compete la tenuta á los hijos herederos de la primera, pero de ningun modo á los extraños, á los cuales en virtud de lo prevenido por la Ley única del

---

(1) Cancer. *Var. resol.*, Part. 2.ª Cap. 7.°. N.° 109; y Part. 3.ª Cap. 11, N.° 112. — Fontanella *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 8.ª, Part. 10, N.° 38; y Claus. VII, Glosa 3.ª, Part. 1.ª, N.° 29.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*. Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 1.ª. Ns. 22 y 23.

(3) Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, N.° 28. — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII. Glos. 3.ª Part. 1.ª N.° 28.

(4) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 1.°. N.° 136; y Part. 3.ª Cap. 11, N.° 115.

(5) *De pactis nup.*, Claus. VII. Glos. 3.ª Part. 10, N.° 86.

Cod. *De privil. dot.*, VIII, 74 no pasan los privilegios dotales (1), á cuya razon añade Cancer (2) la de que la Constitucion *Hac nostra* debe interpretarse restrictivamente.

El hijo heredero del padre, que á la vez lo sea de la madre, no puede tener el carácter de tenutario (3), y por consiguiente no tiene la posesion civilísima, sino que habrá de tomarla como los demás herederos.

El hijo heredero de la madre goza de la tenuta, áun en contra del hermano germano que sea heredero del padre, y contra él podrá accionar de despojo. Fontanella, que así opinaba, dice (4) que habia fallos contradictorios sobre este punto; pero las actuales jurisprudencia y práctica lo admiten en la conformidad indicada.

Los tratadistas catalanes han debatido largamente sobre si la ley, al conceder la tenuta á los hijos, quiso hablar tambien de los nietos. La afirmativa es indudable: 1.° Porque la misma razon existe respecto á los nietos que á los hijos; 2.° Porque las últimas palabras de la Constitucion mencionada usa las palabras *sus hijos* y *herederos*, no pudiendo referirse la última más que á los nietos nombrados herederos, ó que lo sean en virtud de *ab intestato*; y 3.° Porque cuando el contexto de la ley no indica lo contrario, bajo la palabra hijos se comprenden todos los descendientes. La práctica así lo ha sancionado (5) (6).

Si el padre contrajo otro enlace, los hijos del primero que sean herederos de su madre tendrán preferencia á la segunda esposa del padre y á sus hijos herederos; así lo dispone la mencionada Constitucion 3.ª del Tit. 3.°, Lib. V, Vol. 1.° De ahí que podrán intentar el interdicto de recobrar ó accionar, en virtud del despojo contra dichas personas (7).

Cuando el hijo del primer matrimonio, heredero de su padre y de su madre, hubiere tomado inventario de ambas herencias y por consiguiente no hubiere confusion de patrimonios, podrá detraer la dote

---

(1) Mières, *Apparatus;* Coment. á la Const. *Hac nostra*, N°. 29.— Despujol, *Add. ad Mières*, *super Const. Hac nostra*, Núm. 25.—Oliba, *Inst. de actio.*, § *fuerat*, Relec. 2.ª Ns. 13 y 14.—Miguel Ferrer, Part 3.ª *Observ.*, Cap. 519.—Cancer. *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.°. Ns. 35 y 36. — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Ns. 142 y siguientes.

(2) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 7, Ns. 85 á 90.

(3) Fontanella, *Eod.*, N.° 37 y la misma Glosa, Part. 10, N.° 97.

(4) *De pactis nup.*, Claus. VII Glos. 3.ª Part. 9.ª, Ns. 29 á 33.

(5) Vives. Nota 11 al Tit. 3.°, Lib. 5.°, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(6) Parece muy extraño que Fontanella, de criterio jurídico tan acertado y que indica muchas razones para sostener el derecho de los nietos, se lo niegue por la fútil consideracion de que la constitucion es exorbitante, y que por consiguiente debe ser interpretada restrictivamente (*De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 7, Ns. 4 á 24); pero de sus palabras se deduce que en un pleito era abogado de la parte que negaba la tenuta de los nietos.

(7) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 9.ª, N.° 18.

de su madre; y si de los bienes restantes del padre no satisfaciere la dote de la madrasta, ésta gozará de la tenuta sobre dicho resto (1).

Vives (2) dice que si los hijos del primer matrimonio se casaren, y en las capitulaciones manifestaren que se dan por satisfechos de la legítima materna, renunciando á los derechos que puedan competerles por razon de la madre, pierden el derecho á la tenuta. Añade que sólo despues de haber logrado que se declarase la existencia de lesion, y por consiguiente que procede el suplemento de legítima, renacerá tal vez aquel derecho.

Consideramos más acertada la opinion de Fontanella (3), que sostiene la ineficacia de la declaracion de lesion para destruir la renuncia en cuanto á la tenuta.

§ 188. **La viuda que contrae segundas bodas, conserva la tenuta y puede aportarla en dote.**—La mujer no pierde la tenuta por contraer segundo enlace. Mières (4) dijo que podia aportarla en dote al nuevo esposo, y Fontanella (5) aseguró que en la diócesis de Gerona comunmente se practicaba.

Si no utiliza esta facultad, y consigna que aporta al nuevo matrimonio *la misma dote que aportó al anterior*, los réditos de los bienes que constituyan la tenuta serán del esposo, pues están en lugar de los rendimientos de la dote (6). Cuando la mujer no dijere que aporta *la misma dote*, el nuevo esposo no adquirirá dichos réditos, pues tendrán la consideracion de bienes parafernales.

§ 189. **Casos en que la viuda no gozará de la tenuta.**—La Constitucion *Hac nostra*, ó sea la 1.ª del Tit. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º, dice que no serán tenutarias *las mujeres á las cuales los maridos, para seguridad de la dote y del esponsalicio, hubieren señalado ciertas rentas ó bienes de los cuales puedan provenir rentas anuales ó emolumentos eventuales, en cuyo caso sólo poseerán civilmente aquellos bienes ó rentas, y sobre ellos tendrá su provision y hará suyos los frutos.*

La designacion de estos bienes ó rentas puede hacerse en las capitulaciones matrimoniales.

En éstas puede renunciarse completamente la tenuta (7).

No compete á la viuda que, sin beneficio de inventario, acepta la herencia dejada por el marido (8), ni á la que acepta una donacion uni-

(1) *Eod.*, Ns. 19 á 33.
(2) Nota 12 al Tit. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña*.
(3) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 10, N.º 95.
(4) *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra.*, Ns. 101 y 102.
(5) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 8.ª, Ns. 30 á 36.
(6) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 7.º, Ns. 78 á 83.
(7) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 4.ª, N.º 37.
(8) Id., la misma Glos. Part. 7.ª, Ns. 37 á 48.

versal de los bienes del mismo, pues sin la deduccion de las deudas no se entiende que haya bienes (1).

§ 190. **Requisitos generales para gozar de la tenuta.** — Son los siguientes:

1.° Que haya existido matrimonio ó esponsales de futuro con entrega de dote.

2.ª Que el marido haya fallecido, pues la Constitucion *Hac nostra* dice *mort lo marit*. Debe probarse el hecho de la muerte, sin que basten simples conjeturas (2).

3.ª Que deba restituirse dote á la mujer, ó entregarle esponsalicio, ó que procedan ambos extremos, pues para ellos la establecen las Constituciones 1.ª y 2.ª del Tít. 3.º, Lib. V, Vol. 1.º

Cuando hubiere dudas sobre la entrega de la dote al marido, la viuda no tendrá la posesion civil de los bienes por él dejados hasta que haya probado aquel hecho (3). Los autores recuerdan que la simple confesion del marido en el testamento no es prueba de la entrega, y sólo tiene el carácter de un legado (4).

Y 4.ª Que la viuda tome inventario, principiándolo dentro del mes de la muerte del esposo y concluyéndolo en el siguiente. Esta obligacion, prescrita en la Constitucion *Hac nostra*, debe tambien ser cumplida por los hijos y nietos á quienes corresponda la tenuta en virtud de la Constitucion siguiente á la mencionada.

Sobre este requisito dicen los autores que debe cumplirse, aunque en las capitulaciones se pactase la percepcion de frutos por la viuda. Que para el cómputo del término dentro del cual debe principiarse el inventario, se aplica la disposicion de la Auténtica *Sed neque* de la Ley Cod, *De sepult. violc.* IX, 19 y por consiguiente no córre hasta los nueve dias del fallecimiento del esposo (5). Añaden que no siendo terminantes las palabras de la constitucion que consignan el requisito de principiar el inventario dentro del primer mes, esta obligacion constituye únicamente una solemnidad leve, y por consiguiente bastará que dicho acto quede terminado dentro del segundo mes (6).

---

(1) Fontanella, *Eodem*, Ns. 52 á 58.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII. Glos. 3.ª, Part. 1.ª, Num. 32, apoyándose en la autoridad de la antigua Audiencia.

(3) Fontanella, *De pact. nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 1.ª Ns. 47 á 53. — Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.º, Ns. 21 á 27. — Mières, *Apparatus.*, Coment. á la Const. *Hac nostra,* Num. 23. — Despujol, *Add. ad Mières* super Const. *Hac nostra*, Num. 19. — Oliba, *Inst. de actio.*, Relec. 2.ª, Num. 37, § *fuerat.* — Peguera, *Decis.* Cap. 149.

(4) Véase el §. 131.

(5) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.º, Num. 10. — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 1.ª, Num. 58.

(6) Despujol, *Add. ad Mières* super Const. *Hac nostra*, Num. 193 (fol. 135) — Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.º, Num. 12 y Part. 3.ª, Cap. 2.º, Ns. 19 y 20. — Fontane-

No corre el plazo de toma de inventario contra la mujer que tenga impedimento justificado. Entre ellos, mencionan los autores (1) el de privarle la entrada en la casa del esposo; mas en nuestro concepto, podrá utilizar los medios que el derecho concede para vencer los obstáculos que se opongan á la realizacion de aquel acto.

En virtud de la Clementina *De rest. in inte.*, I, 11 y de las leyes romanas, para los efectos de la tenuta, la viuda y sus hijos ó menores de edad gozan de la restitucion *in integrum* (2).

Corresponde tambien este beneficio, *ex capite justæ ignorantiæ*, á dichas personas si fueren mayores de edad cuando han ignorado el fallecimiento del esposo. Por esto declaró la antigua Audiencia que cuando por esta circunstancia no se hubiere tomado inventario, no son aplicables las prescripciones de 30 y 40 años (3).

Es inaceptable la opinion de que por la falta de toma de inventario se pierde en absoluto el derecho del año del luto, pero que se gozará de la tenuta siempre que se cumpla con dicho requisito. Las palabras de la Constitucion *Hac nostra* se refieren pura y exclusivamente á la tenuta, pues cuando ésta no procede la viuda no tiene la posesion de los bienes del esposo. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de abril de 1869.

La ocultacion importante en el inventario, producirá el mismo efecto que la omision de este requisito (4). Por analogía se deduce de la Ley 14, § 14 del Cod., *De jure delibe*, VI, 30.

§ **191. Duracion de la tenuta.**—La tenuta no se extingue hasta que se entreguen á la viuda, ó á sus hijos ó nietos herederos, la dote y el esponsalicio.

La entrega ha de ser total, diciendo Mières (5) que si en el pago falta una moneda, la viuda podrá intentar el interdicto de recobrar contra el que se apoderase de los bienes.

El ofrecimiento en forma y consignacion de la cantidad equivale al pago, pero el heredero no podrá por sí mismo despojar de la posesion

---

lla, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 1.ª, Ns. 60, 61 y 62.—Mières, (*Apparatus* Coment. á la Const. *Hac nostra*, Num. 247) opinó á favor de la inteligencia material de las palabras de la ley, y en consecuencia sostuvo la necesidad de que el inventario se principie dentro del primer mes.

(1) Despujol, *Eod.*, Num. 201.—Fontanella, *Eod.*, Ns. 63 á 70.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 2.º, Num. 21.—Oliba, *Inst. de actio, § fuerat*, Núm. 37.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 2.ª, Ns. 1, 2, 3, 43 y 44 —Cancer, *Var. resol.*, Part 1.ª, Cap. 9, Num. 13.—Mières, *Eod.*, Ns. 230 á 233—Despujol, *Eod.*, Num. 192.—Oliba, *Eod.*,

(3) Fontanella, *Eod.*, Ns. 1 á 12.—Despujol, *Eod.*, N.º 192.

(4) Fontanella, *Eod.*, Ns. 49 á 54 y 62 y 63.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, Núm. 11.—Mières, *Eod.*, Num. 235.—Despujol, *Eod.*, Num. 138.

(5) *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, Num. 195.

á la tenutaria (1). La consignacion se ha de hacer á la órden de la viuda; pero si habiéndosele ofrecido la dote y el esponsalicio, mediante que diese cuenta de los bienes del difunto esposo sobre la base del inventario, rehusó verificarlo, bastará que, formalizándose la reclamacion judicial, se haga el depósito á suelta del juez (2).

Si la viuda tiene otros créditos líquidos contra la herencia de su difunto esposo, por ejemplo si hubiere satisfecho alguna deuda hereditaria á cuyo pago no estaba obligada, tendrá el derecho de retencion, pero sin hacer suyos los frutos (3).

Conforme á la doctrina de los autores catalanes, pierde la tenuta la viuda que no practica lo oportuno para cobrar su dote y esponsalicio del metálico de la herencia. La perderá tambien si entrando en la herencia metálico ú oro ó plata en pastas, permitiese que se destinasen á cubrir atenciones ménos preferentes (4).

Fundándose en esta doctrina, y en que la ley 9, § 5, Dig. *De adminis. et peri. tutor.*, XXVI, 7 no sólo faculta al tutor para cobrar el crédito que tenga contra los bienes del pupilo, sino que le obliga á librar á éste del pago de intereses, la antigua Audiencia, de acuerdo con la opinion de los jurisconsultos (5), estableció la jurisprudencia de que la viuda tutora de sus hijos (6) perderá la tenuta si no vende los bienes de fácil realizacion que haya en la herencia del marido, y que sean bastantes para cubrir la dote y el esponsalicio. La venta deberá hacerse con las formalidades prescritas en la Ley de Enjuiciamiento civil para las de los bienes de menores (7).

En general, la viuda siempre puede instar el cobro de la dote y del esponsalicio, y en consecuencia la venta de los bienes que para ello sean necesarios (8).

Los acreedores no hereditarios de los bienes dejados por el marido, tienen expedita la accion contra ellos; pero la tenutaria podrá ejercitar el privilegio de opcion dotal, y por consiguiente escoger los bie-

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 6.ª, Ns. 1 á 7, 13 y 15.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 8.º, Num. 9.

(2) Fontanella, *Eod.*, Ns. 22 á 37 y 46.—Cancer, *Eod*, Num. 12.

(3) Fontanella, *Eod*, Ns. 47 y 48. —Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, Num. 295.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 7.ª, Ns. 29 á 36 y 66.—Miguel Ferrer, *Observ.*, Part. 3.ª, Cap. 353, donde refiere varias sentencias.—Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, Num. 83.—Cancer. *Var resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, N.º 43.

(5) Miguel Ferrer, *Eod.*, Cap. 520.—Fontanella, *Eod.*, Ns. 60 á 65. —Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, Num. 24.

(6) Y actualmente la que sobre ellos ejerza la potestad.

(7) Véase el número II del § 30.

(8) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 8.ª, Num. 18.

nes que le plazcan, adecuados al importe de la dote y del esponsalicio (1).

Del mismo modo que el deudor puede vender la prenda para pagar al acreedor que la tiene en garantía, el heredero del marido puede vender bienes comprendidos en la tenuta para satisfacer á la tenutaria su dote y esponsalicio, pues la tenuta no es un derecho absoluto de viudedad sino un medio para lograr el cobro de aquellos créditos.

Si los bienes fuesen muebles, la mujer podrá asistir á su venta y cobrar el precio directamente del comprador, ó el heredero le dará caucion, ó el precio se depositará. Si fueren inmuebles, se venderán bajo la condicion de que el comprador entregue el precio á la viuda, ó que lo deposite á su disposicion (2).

Dijimos en el § 188 que la tenuta no se extingue por contraer la viuda segundo matrimonio. Tampoco cesa por llevar vida licenciosa, pues no pierde la dote, ni la perdía en virtud del Usatge *Vidua* (3).

§ 192. **Obligaciones y prohibiciones de la tenutaria.** — La tenutaria debe cumplir con las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar, pues la Constitucion *Hac nostra* no la consigna y así se observa inconcusamente (4).

Debe satisfacer las cargas hereditarias módicas y comunes (5), y debe especialmente cumplir la obligacion de alimentos que, á favor de los hijos y de otras personas, tenia el difunto esposo (6).

En las obligaciones generales que como usufructuaria debe cumplir, no se comprende la de soportar los gastos que ocasione la defensa de las cosas hereditarias, pues son de cuenta del heredero. Si los hubiere adelantado, podrá recobrarlos (7).

---

(1) Esta solucion es conforme á las disposiciones del derecho sobre la tenuta y la opcion, y la defendió Fontanella en su obra *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 8.ª, Ns. 6, 7 y 8, en contra de la sostenida por Mières, Despujol, Peguera, Cancer, y especialmente por Socarrats (*Coment. Petri Alberti*, Cap. *Si defuncto*, fol. 243), segun la cual podrian dichos acreedores compeler á la viuda á vender bienes para el cobro de su dote y esponsalicio. Ni la mujer puede por sí proceder á la venta, ni los acreedores tienen derecho á intervenir en las relaciones jurídicas creadas por la ley á favor de la viuda.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*. Claus. VII, Glos. 4.ª, Part. 8.ª, Ns. 11 á 15.—Mières, *Eod.*, N.ª 194.

(3) Fontanella, *Eod.*. Ns. 37 á 43.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9.º, N.º 75. Mières. *Eod.*, N.º 111.

(4) Mières, *Apparatus*, Coment. á la Const. *Hac nostra*, N.º 119 y 120. — Despujol, *Add. ad Miere*, super const. *Hac nostra*, Num. 145.— Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 2.ª, Ns. 50 y 77.

(5) Mières, *Eod.*, Num. 74. — Fontanella, Id. Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 5.ª, Números 43, 45 y 51.

(6) Fontanella, N.º 215.— Miguel Ferrer, *Observ.*, Part. 3.ª, Cap. 19.

(7) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 3.ª, Part. 5.ª, Ns. 53, 54 y 55.

Excepto para constituirla en dote á un nuevo esposo (1), no puede cederse la tenuta; pero sí la percepcion de los frutos, del mismo modo que las leyes romanas disponen para el caso de usufructo.

§ 193. **Inscripcion de la tenuta.** — El artículo 2.° del Reglamento general dictado para la ejecucion de la Ley Hipotecaria, dispone que se inscriban los actos que con diferentes nombres se conocen en las provincias regidas por fueros especiales y producen respecto á los bienes inmuebles ó derechos reales cualquiera de los efectos indicados en el Art. 1.° del mismo Reglamento. Tales son, dice, entre otros, el usufructo conocido en Aragon con el nombre de *Viudedad*..... y otros semejantes.

En virtud de esta disposicion, y atendiendo al espíritu de la Ley Hipotecaria, revelado en la Exposicion de motivos que la precede, se inscribe el derecho de tenuta mediante la presentacion de los siguientes documentos: 1.° Las capitulaciones matrimoniales donde constan la dote y el esponsalicio pactados; 2,° La certificacion ó partida de casamiento que acredita el cumplimiento de la condicion que suponen todas las donaciones por causa de matrimonio; 3.ª La escritura de entrega de la dote al marido, si este hecho no consta en las capitulaciones; 4.° La certificrcion del fallecimiento del esposo: y 5.° La escritura de inventario que acredita el cumplimiento de la condicion exigida por la Constitucion *Hac nostra* para disfrutar de la tenuta, y que servirá para hacer la inscripcion respecto á cada una de las fincas. Cuando la tenuta corresponda á los hijos ó nietos, herederos de madre, con los anteriores documentos deberán presentarse las partidas que prueben su filiacion y el testamento ó declaracion de ab-intestato que les acredite en dicho concepto de herederos.

Las inscripciones así verificadas se cancelarán en vista de la escritura ó ápoca de restitucion de la dote y entrega del esponsalicio, de la cual resulte la completa extincion de estos créditos y que la persona tenutaria se ha habido por completamente satisfecha de ellos.

---

(1) Fontanella, Id., Claus. VII, Glos. 3.ª, Part. 8.ª. Ns. 20 á 23. — Cancer, *Var. resol.*, Part. 2.ª, C.ᵒ 7, Ns. 107 y 108.—Óliba, *Inst. de actio*, § *fuerat*, Num. 24.

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS COSAS EN GENERAL, Y DE LOS DERECHOS REALES.

TÍTULO I.

DE LAS COSAS EN GENERAL.

CAPÍTULO I.

DIVISION DE LAS COSAS.

SECCION PRELIMINAR.

§ 194. Derecho vigente.—Las disposiciones romanas son la base del derecho vigente en Cataluña sobre las cosas; pero existen algunas de su legislacion particular y de la canónica, que expondremos con la debida amplitud.

SECCION 1.ª

COSAS QUE NO ESTÁN EN EL COMERCIO DE LOS HOMBRES.

§ 195. Cosas sagradas y religiosas.—Lo son aquellas declaradas tales por el derecho canónico, cuyas disposiciones regulan su naturaleza y los actos de que pueden ser objeto (1).

(1) Decreto de Graciano, 2.ª parte, Caus. 1.ª, Quæst. 1; Caus. 12; Caus. 16, Quæst. 2, 3, 4 y 6.—3.ª parte, Distin. 1.ª

§ 196. **Cosas comunes y públicas.**—El derecho romano ha sido modificado por las leyes de aguas, carreteras, ferro-carriles, puertos, etc., y por otras disposiciones que, siendo generales á la nacion, no se explican en estas Instituciones.

En cuanto á las aguas, debe verse el Capítulo del enfitéusis, pues antiguamente la concesion de las vistas y subterráneas era en Cataluña una de las regalías de la Corona, que se reservó expresamente el Monarca en el Cap. 41 del Decreto de Nueva Planta.

Para cada una de estas concesiones, á súplica del interesado se incoaba un expediente en la Intendencia General ó Bailía del Real Patrimonio; se tomaban los informes necesarios á fin de averiguar si con ellos se causarian perjuicios al público ó á tercero, inspeccionándose la localidad por el arquitecto ó maestro de obras del Rey, y si no resultaba inconveniente se acordaba la concesion á título de enfitéusis, á nombre de S. M. y prévia su aprobacion de Real órden, imponiendo al enfiteuta el pago de entrada y de un cánon anual. Estas reglas las abolió para lo sucesivo el decreto de Córtes de 20 de Enero de 1837, restablecido en 6 de Agosto de 1843.

Son importantísimas las declaraciones contenidas en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1865, en la cual se consigna: 1.° Que la facultad privativa que tenia en Cataluña el Real Patrimonio para disponer de las aguas subterráneas y conceder en enfitéusis el derecho de buscarlas, conducirlas y aprovecharlas en riegos, fué objeto del Real Decreto de 19 de Noviembre de 1835, en el cual se concedió permiso á todos los habitantes de Cataluña, Valencia y Mallorca para abrir catas y hacer zanjas con objeto de buscar aguas subterráneas y utilizarse de las propias, y abrir pozos y ventanas, todo sin otra sujeccion que las reglas del derecho comun; 2.° Que dicho permiso no pudo invalidar los derechos adquiridos por los enfiteutas durante la época anterior, sino que ántes bien debió entenderse y practicarse en armonía con aquellos, y por lo tanto respetarse todo lo que en esta línea existiese al tiempo de la publicacion del citado decreto, siempre que hubiera llegado á existir en virtud de un título legítimo; que los títulos que á dicho efecto pueden invocarse como legítimos, se reducen á dos únicas clases: concesion hecha por el Real Patrimonio y posesion de 30 años.

En sentencia de 9 de Junio de 1877 reiteró esta declaracion, consignando que el Real decreto de 19 de Diciembre de 1835 no tuvo otro objeto que el beneficio de eximir á los habitantes de las referidas provincias del pago de ciertos impuestos que satisfacian al Real Patrimonio, permitiéndoles utilizar los derechos de aguas reservados á este con anterioridad, segun las reglas del derecho comun.

En sentencia de 15 de Setiembre de 1865 declaró que cuando el establecimiento enfitéutico no es absoluto, sino limitado á determi-

nada zona y bajo la condicion de que no perjudique á concesiones anteriores ni á los pozos de los prédios colindantes, de los que debe separarse al procederse á la busca y conduccion de las aguas, las obras ejecutadas con este objeto por el enfiteuta ó concesionario, cualquiera que sea la época en que se hayan ejecutado, si distraen las aguas de los pozos de dichos prédios contrarian las condiciones de la concesion y deben destruirse.

Respecto á los derechos que en virtud de títulos antiguos se pueden tener sobre las playas del mar, el mismo Tribunal, en sentencia de 30 de Abril de 1863, declaró que en la época en que el Rey administraba los bienes é intereses del Estado, era su legítimo representante y como á tal podia hacer concesiones, siendo un hecho reconocido que el Real Patrimonio ha estado en posesion no contradicha de otorgar á enfitéusis terrenos de las playas de Cataluña.

§ 197. Cosas inmuebles.— Significacion de la palabra «Honor».— En los Usatges, Constituciones y otras partes del derecho de Cataluña se usa con frecuencia la palabra *honor*, ó en plural *honores*. Primitivamente equivalió á feudo (1); más tarde sirvió para expresar cualquiera posesion señorial ó de plebeyos, y Marquilles ya dice que así se llamaban todos los bienes inmuebles. Esta es la significacion lata que tiene, usándose con relacion al dueño.

---

(1) *Usatges, Omnes homines*, 1.°. *Princeps namque; Stratæ et viæ;* los dos *Auctoritate et rogatu; Possunt etiam; Si quis per treguam; De omnibus hominibus; Mariti uxores; Tutores; Rusticus etiam; Item statuerunt quod si aliquis;*

TÍTULO II.

DE LOS DERECHOS REALES.

CAPÍTULO 1.°

DE LOS DERECHOS REALES EN GENERAL.

§ 198. **Naturaleza del derecho real.**— Es la reconocida en todas las legislaciones, y concretada á tenor de la romana.

§ 199. **Derechos reales conocidos en Cataluña.**— Son los sancionados por el derecho romano, y por consiguiente además del *dominio*, existen las *servidumbres*, la *enfitéusis*, el derecho de *superficie* y los de *prenda* é *hipoteca*.

En Cataluña la enfitéusis alcanzó un desarrollo desconocido en Roma. Existe una enfitéusis temporal, llamada *rabassa morta, ó establecimiento á primeras cepas*, cuya originalidad no permite confundirla con ninguna institucion de otro país.

La herencia, considerada como el derecho del heredero á la sucesion, tiene el cáracter de derecho real, y por esto la accion para pedirla es real. Sin embargo, nos ocuparemos de ella separadamente, como modo de adquirir por universalidad.

Ántes de examinar los derechos reales, diremos algo de la posesion.

CAPÍTULO 2.°

DE LA POSESION.

§ 200. **Legislacion vigente.**— Siendo muy reducidas las disposiciones de la legislacion catalana y del derecho canónico sobre la posesion, tienen mucha importancia las del romano. Haremos notar las variantes.

§ 201. **Adquisicion de la posesion.**— Para que haya verdadera posesion debe tomarse sin las circunstancias de violencia, clandestinidad, ó concesion precaria que el derecho romano (1) excluye. El derecho canónico se ocupa especialmente del vicio de violencia, en el Título de las Decretales *De restitutione spoliatorum*, II, 13. Segun el Capítulo 18, se considera espoliador al que, teniendo conocimiento de la violencia, adquiere la cosa del usurpador, y por consiguiente contra él procederá el interdicto de recobrar. Algunos autores quisieron extender esta disposicion al poseedor de buena fé: mas aunque citaban en abono de su opinion la regla de analogía deducida de los Caps. 2.° y 3.°, Causa 3.ª, Quest. I, del Decreto de Graciano, fué rechazada por excesivamente dura y contraria á las palabras del citado Capítulo 18.

El Capítulo 12 considera que no comete fuerza el que, al tener conocimiento de habérsele despojado de la posesion, expele al despojante.

El Capítulo 2.° declara ineficaz la renuncia á la restitucion hecha á raíz del despojo, por presumirse que careció de expontaneidad.

Conforme á las disposiciones romanas, el Capítulo 11 dispone que el despojante ha de restituir la cosa y todos los frutos.

El 7.° dispone que ante todo se ha de restituir en la posesion al despojado; de lo contrario no se oirá al despojante que alegue derechos sobre la cosa.

Puede prestar alguna utilidad el conocimiento del Cap. 3.° de las Decretales *De caus. posses et propie.* II, 12 sobre el ejercicio de la accion de propiedad y de los interdictos de adquirir y recobrar.

Las disposiciones particulares de Cataluña confirman el principio de que nadie puede hacerse la justicia por su mano, reconocido en las leyes romanas (2) y canónicas (3), y sancionado en una ley de la Novísima Recopilacion, posterior al decreto de Nueva Planta (4), imponiendo penas al que habiendo sido despojado de su posesion la recupera con violencia.

Efectivamente, el Usatge *Quicumque violenter* del Tít. 1.° *(De violentia y restitutió de despullats)* del Líb. VIII, Vol. 1.°, dispone que aquel que sin esperar la sentencia despojare violentamente al poseedor si realmente era dueño, pierda el dominio, devolviéndose la cosa en el estado que estaba al despojado violentamente, que en lo sucesivo la tendrá con seguridad. Si se acreditase que el despojante no es dueño de la cosa

---

(1) § 4, Inst., *De interdic.*, IV, 15.—Leyes 6, proem; 13, § 13; 53, Dig. *De adquiren, et amit. pos.*, XLI, 2 —Ley 1, § 28, Dig . *De vi*, XLIII, 16; y otros testos.

(2) Ley 7.ª Cod. *Unde vi.*, VIII, 4.

(3) Decreto de Graciano, 2.ª parte, Cap. 2. Caus. 16, Quæst. 6.ª—Cap. 18, § fin. *De prœbendis* in 6.° Decretalium, III, 3.

(4) Ley 1.ª, Tít. 34, Lib 11.

que arrebató, no solo estará obligado á devolverla al despojado sino que deberá darle *otro tanto*.

La Constitucion 4.ª (1) del mismo Titulo dispone que ni el Monarca ni sus oficiales despojen sin conocimiento de causa á persona alguna de la posesion ó cuasi posesion de cualquiera cosa, y que si lo hicieren deba hacerse integramente la restitucion, salvo el derecho de propiedad. Esta prevencion es actualmente inútil en virtud de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil y demás generales del Reino.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Junio de 1865, declaró que las anteriores leyes son inaplicables cuando se trata del mejor derecho á ciertos y determinados bienes, y nó de su posesion ó despojo.

§ 202. **Posesion civilísima.**—La viuda, por el solo ministerio de la ley, tiene la posesion de los bienes dejados por el marido, del modo que se explicó en los §§ 184 á 193.

CAPÍTULO 3.º

DEL DOMINIO.

SECCION PRELIMINAR.

§ 203. **Nocion del dominio.**—Es la formulada en la legislacion romana, y sancionada por las disposiciones particulares de Cataluña que se ocupan de algunos de los efectos del dominio.

Por consiguiente omitimos la exposicion de los derechos inherentes al primordial de dominio, y pasamos á ocuparnos de los modos singulares de adquirirlo.

SECCION 1.ª

DE LOS MODOS ORIGINARIOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

§ 204. **De la ocupacion y especificacion.** — La ley de 16 de Mayo de 1835, al determinar las cosas que corresponden al Estado, introdujo importantes modificaciones al derecho romano, vigente en Cataluña, sobre lo que podia ser objeto de ocupacion.

Las disposiciones generales del Reino sobre la caza y pesca, derogaron las cinco Constituciones contenidas en el Tít. 5 (*De cassar y pescar*) del Lib. IV, Vol. 1.º de la compilacion legal de Cataluña.

Tambien las de aguas y minas variaron la antigua legislacion.

---

(1) Pedro II, en las Córtes de Barcelona, año 1283, Cap. 24.

Para lo demás, tanto respecto á la ocupacion como á la especificacion, se recurrirá al derecho romano.

§ 205. **Accesion de muebles á inmuebles.** — En cuanto á la edificacion en terreno ageno con materiales propios, el Usatge *Si quis in alieno*, que es el único del Tit. 1.° *(De adquirir senyoría de las cosas)*, Lib. VII, Vol. 1.°, dispone; «Que si alguien con materiales propios edi- »fica en terreno ageno, lo edificado será del dueño del terreno si »aquel hubiere procedido de buena fé, es decir, creyendo que el solar »era suyo, podrá retener la edificacion hasta que se le reintegre el »precio de los materiales y los jornales de los trabajadores; pero si hu- »biese obrado de mala fé, sabiendo que edificaba en terreno ageno »contra la voluntad del dueño, se entiende que quiso hacer una dona- »cion.»

Marquilles (1) da reglas para distinguir la buena de la mala fé. Cancer (2) las precisa y las amplia, diciendo que se reputará mala fé en el edificante, 1.° Cuando el dueño del terreno le hiciere una protesta, exhibiendo documentos, ó ante testigos; 2.° Cuando es comprador de bienes, sabiendo que están sujetos á fideicomiso; 3.° Cuando edifica despues de principiado un pleito; 4.° Cuando es usufructuario, ó tiene sobre el terreno otros derechos semejantes, especialmente si hiciere un edificio nuevo ó ensanchase ó variase el existente, pues esto lo prohibe la Ley 61, Dig. *De usufruc.*, VII, 1.°, á no ser que lo haga á su utilidad para mientras su derecho exista, mediante autorizacion del propietario.

El mismo autor (3), aceptando la doctrina expuesta por Peguera (4), con razon dice que en el poseedor de una cosa comprada á carta de gracia se apreciará buena fé para los efectos del Usatge *Si quis in alieno.*

El comunero que ha hecho reparaciones indispensables en la cosa comun, tiene el carácter de acreedor refaccionario, siempre que requiriese á los demás para contribuir á la ejecucion de aquellas obras y fueron omisos durante cuatro meses. Así lo dispone la Ley 4.ª, Cod. *De edifi. privat.* VIII, 10. Este principio podrá servir para apreciar la buena ó la mala fé con que haya procedido un comunero edificante (5).

Los que poseen en nombre del dueño, como son el comodat. rio, depositario, acreedor pignoraticio y mandatario, tienen derecho á las impensas necesarias aunque la cosa haya perecido, lo cual constituye otra limitacion á los efectos del referido Usatge (6).

---

(1) Comentario á este Usatge (fol. 396).
(2) *Var. resol.* Part. 3.ª, Cap. 6.°, Ns. 12 á 18.
(3) *Eod.* Núm. 19.
(4) *Decis.*. Cap. 99.
(5) Cancer, *Var. resol.*, Part. 3, Cap. 6.°, Num. 21
(6) Cancer, *Eod.*, Ns. 45 y 46.

Con el mismo objeto deberá recordarse el principio legal de que las impensas necesarias se abonan á cualquier poseedor, aunque lo sea de mala fé (1).

La presuncion de que el edificante ha querido donar, se aplica tanto en el caso de no poseer el terreno como de poseerlo sin causa, á no ser que en este caso obre como gestor de negocios, pues como sus actos obligan al dueño, no puede atribuírsele aquel carácter.

Los edificantes que tengan un dominio transitorio sobre la cosa, como el marido de las cosas dotales, el enfiteuta y el heredero gravado con un fideicomiso, se considerará que obran para sí, en cuanto al tiempo que serán dueños, y á utilidad del que lo será posteriormente, en cuanto al resto (2).

Es importantísima una observacion de Cancer (3). El dueño del terreno que consiente que alguien edifique en su solar sabiendo que es ageno, no podrá reclamar la aplicacion del Usatge y por consiguiente reivindicar el edificio, pues se considera que con ánimo de hacer una donacion concedió la facultad de edificar.

De la segunda parte de dicho Usatge, que trata de la edificacion hecha por un arrendatario, nos ocuparemos al examinar el contrato de arrendamiento.

La edificacion en terreno propio con materiales agenos (4), la plantacion y la siembra se rigen por las leyes romanas.

§ 206. **Accesion de muebles á muebles.** — Sobre esta accesion no existen disposiciones en el derecho peculiar de Cataluña; su silencio se suple por las leyes romanas que regulan la conjuncion, conmistion y confusion.

SECCION 2.ª

DE LOS MODOS DERIVATIVOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

§ 207. **De la tradicion.** — No existen disposiciones sobre este punto, que está completamente regulado por las del derecho romano.

Es un caso de *constitutum possesorium* el consignado en el Cap. 9.° de las Decretales *De restitu. spoliatorum*, II, 13.

---

(1) Cancer, *Eod.*, Ns. 36 á 40.

(2) Cancer, *Eod.*, Ns. 18 y 54.— Part. 1.ª Cap. 8, N.° 118.

(3) Id., Part. 3.ª, Cap. 6.° Ns. 132 y 133.

(4) El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de diciembre de 1861, declaró que, segun la Ley 7.ª, Tít. 1.°, Lib. XLI del Digesto y de los §§ 10 y 29 de las Instituciones de Justiniano, aquel que edifica en suelo propio con materiales agenos los hace suyos, sin que pueda reclamarlos su dueño despues de asentados y metidos en la obra, cualesquiera que sean los derechos que puedan corresponder á los que facilitaron los materiales y el trabajo para la construccion.

En las escrituras de enagenacion otorgadas en Cataluña, comunmente se lee una cláusula dando facultad al adquirente para que de su propia autoridad pueda tomar la posesion real de la cosa enagenada, y constituyéndose entretanto poseedor en su nombre.

§ 208. De la prescripcion: Usatge «Omnes causæ».—En el cuerpo del derecho civil catalan no existe disposicion alguna que se refiera á la prescipcion adquisitiva; en su defecto es preciso recurrir en primer término á la legislacion canónica, y en segundo á la romana. Entre los requisitos que exigén las disposiciones de ambos derechos, se cuenta el de la buena fé continuada durante el tiempo prescrito por la Ley, á tenor de los Caps. 5, 17 y 20, *Decretal. De prescriptionibus* II, 26 y el Cap. 2.ª *De regulis juris.*, In 6.º *Decretal.* Pero los preceptos de ambas legislaciones están desnaturalizados por el derecho particular del antiguo Principado sobre la prescripcion extintiva de las acciones. Veremos que con arreglo á la interpretacion dada constantemente al Usatge *Omnes causæ*, por el trascurso de 30 años se pierde el derecho de ejercitar cualquiera accion civil, y por consiguiente la reivindicativa propia del dominio. Aplicada esta disposicion *á sensu contrario*, resultará que el poseedor de una cosa á los 30 años tendrá la seguridad de que nadie puede reclamársela y por consite se hallará constituido en la situacion de dueño, siendo válidos todos los contratos de enagenacion ó de imposicion de gravámenes, siempre que haya hecho inscribir su posesion en el Registro de la Propiedad, á tenor de lo que disponen los Arts. 35 (apartados 1.º y 3.º), 397, 398, 399 y especialmente el 403 de la Ley Hipotecaria, y los correspondientes del Reglamento general dictado para su ejecucion.

Consecuencia de la misma interpretacion es la de que existirá verdadera prescripcion cuando se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por las citadas legislaciones canónica y romana. Con arreglo á la segunda es indispensable la buena fé, continuada durante todo el tiempo de la posesion. No se requiere justo título, pues si bien la legislacion romana consignaba la necesidad de esta circunstancia para la prescripcion ordinaria, ó sea la de 10 y 20 años, respecto á los inmuebles establecia la prescripcion sin título por el trascurso de 30 años (1).

Este es el plazo comun en Cataluña, pues ántes de su cumplimiento el dueño verdadero podrá reivindicar la cosa, ya que su accion no se habrá extinguido.

Veremos que la prescripcion extintiva del citado Usatge sólo se ha aplicado á los casos en que las leyes romanas exigian la de 10 ó más años, nó á las que tenian lugar dentro de plazo más breve, por cuya

---

(1) Ley 8, § 1. Cod. *De præscrip. XXX vel. XL annorum*, VIII, 39.

razon no afecta las disposiciones canónicas y romanas sobre la prescripcion de las cosas muebles, la cual tendrá lugar á los 3 años de posesion con título, adquirida y continuada con buena fé. Si no existiese título, ó se careciese de buena fé, sólo se prescribirian por el trascurso del plazo comun de 30 años.

El Tribunal Supremo ha consignado la diferencia que existe entre la prescripcion de las acciones á que se refiere el Usatge *Omnes causæ*, y la adquisitiva del dominio. En sentencia de 14 de Febrero de 1874 declaró que el Usatge establece un medio de prescripcion extintiva y liberatoria en favor del poseedor demandado, y que éste debe utilizar por via de excepcion para rechazar la accion del demandante. En la de 20 de Febrero del mismo año, referente á enfitéusis, y en la de 9 de Febrero de 1878, relativa á una finca vendida á *carta de gracia*, consignó que la excepcion de prescripcion de dominio no se habia alegado, ni sido objeto del pleito, en el cual sólo se pidió y se falló sobre la prescripcion de la accion para pedir.

Las sentencias de 29 de Abril de 1864, 9 de Mayo de 1865, 10 de Julio de 1875 y 26 de Febrero de 1876 dicen que el Usatge *Omnes causæ* declara prescriptibles los bienes inmuebles por la posesion de 30 años, cualquiera que sea su título. Las tres recayeron sobre juicios en los cuales la prescripcion se habia utilizado como excepcion; y aunque suponen en el contexto del Usatge más de lo que menciona, no son contrarias á la interpretacion que le hemos dado en cuanto á su trascendencia á la prescripcion adquisitiva, pues no consignan que la posesion habida sin buena fé pueda constituir un título de propiedad.

Sin embargo, la falta de una exposicion sucinta y razonada (1) de esta materia fué causa de hacerse algunas aplicaciones excesivamente absolutas, y entre ellas la verificada en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Setiembre de 1863, que consideró regulada la prescripcion adquisitiva del dominio por el Usatge *Omnes causæ*, si bien la razon consignada como fundamento de dicha interpretacion lo es de la prescripcion extintiva, pues no fué otra que la de *prescribir por 30 años todas las causas y acciones.*

Es importante la sentencia de 9 de Mayo de 1865, que declaró prescriptible la finca que se tuvo en establecimiento á primeras cepas, si despues del período de 50 años, fijado por la jurisprudencia para la extincion de aquel contrato, la adquirió por herencia, poseyéndola como libre por el tiempo no interrumpido de 30 años.

La prescripcion conserva el carácter de un beneficio concedido al

---

(1) El Sr. Falguera adicionó la obra de Gibert con un *Compendio de la prescripcion catalana*, muy recomendable, pero que no precisa el verdadero carácter del Usatge *Omnes causæ*. Entre los requisitos necesarios para la prescripcion extintiva, omite el de la buena fé y consigna el del justo título.

poseedor, y por consiguiente debe ser alegada como excepcion cuando se ejercite la accion reivindicativa; de lo contrario se considera renunciada. El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Noviembre de 1863, consignó que para que pueda aprovechar la prescripcion es necesario que se alegue oportunamente. Esta doctrina se deduce tambien de los fallos ya referidos de 14 y 20 de Febrero de 1874 y 9 de Febrero de 1878.

CAPÍTULO 4.°

DE LAS SERVIDUMBRES.

SECCION PRELIMINAR.

§ 209. **Nocion de las servidumbres, y principios generales que las regulan.**—Los principios jurídicos que sirven de base á las servidumbres, son los del derecho romano, que regula tambien muchos de sus efectos.

SECCION 1.ª

DE LAS SERVIDUMBRES REALES EN GENERAL.

§ 210. **Importancia de la legislacion catalana en este punto.**—En Cataluña se conocen las servidumbres reales que establecia el derecho romano, pero desarrolladas de un modo muy completo y adecuado á las condiciones del país. La propiedad urbana, en particular, está legislada con una precision y equidad que en vano buscaríamos en otras legislaciones.

§ 211. **Disposiciones especiales del derecho catalan.—Ordinaciones d' En Sancta Cilia.**—En el *Recognoverunt proceres* existen algunas disposiciones importantes, pero su carácter es local (1).

El Título 2.° *(De servituts)* del Lib. IV, Vol. 2.°, contiene las costumbres de la ciudad de Barcelona llamadas *Consuetuts* ú *Ordinacions d' En Sancta Cilia.* En la *Introduccion histórica* (2) hemos expuesto las noticias que existen sobre su formacion y observancia primitiva.

Comprenden dos partes, cuyos párrafos tienen numeracion separada. La primera carece de epígrafe, pero se ocupa principalmente de las fincas y servidumbres urbanas. La segunda parte lleva el de *Las ordi-*

---

(1) Vease lo dicho en las págs. 17 y sigs. y 34 de la *Introduccion histórica.*
(2) Pág. 19.

nacions de arbres que donen, e donar puxan dar en terra de altri, y comprende tres apartados que sólo se ocupan de la distancia á que se han de plantar y deben estar los árboles cerca de heredad vecina.

§ 212. **Advertencias indispensables para la inteligencia y aplicacion de estas Ordinaciones.**—Debe advertirse: 1.° Que como se dijo en la *Introduccion histórica*, si bien las *Ordinacions d' En Sancta Cilia* están continuadas en la coleccion legal de Cataluña bajo el epígrafe de *Consuetuts de la ciutat de Barcelona*, se observan en casi toda Cataluña como leyes municipales; 2.° Que en tales Ordinaciones se cuenta por la medida de *destre*, la cual era la medida con que se median las tierras por los agrimensores, que en Cataluña se llamaban *destredors ó destradors*, como se vé en el § 24 de la primera parte de estas Ordinaciones (1). El padron de la medida de *destre* se conserva en el Archivo municipal de Barcelona, y existen otros de relieve en los ángulos de la fachada de la capilla de Santa Lucía de la Catedral de dicha ciudad; muy deteriorado el del ángulo de la calle del Obispo, é intacto el del ángulo saliente, que está al lado del muro exterior de la Sala Capitular. La cana de *destre* se dividia en 12 palmos, y éstos en doce dozavos, y equivalía á 14 palmos y dos quintos del de la comun de Cataluña.

SECCION 2.ª

DE LAS SERVIDUMBRES URBANAS.

§ 213. **Observacion prévia.**—El concepto jurídico de las servidnmbres urbanas en Cataluña es igual al que consignaron los legisladores y magistrados de Roma, pero la diferencia que existe entre el modo de edificar en ambos pueblos dió nacimiento á importantísimas disposiciones, que no pudieron promulgarse anteriormente. El *Libro de las costumbres de Tortosa* contiene prevenciones muy minuciosas, que por ser locales y haber sido examinadas con tanta detencion como acierto por el Sr. Oliver, no incluiremos en estas *Instituciones*.

§ 214. **De la pared medianera, «mitjera».**—Para comprender fácilmente las disposiciones que se referirán, debe saberse que en Barcelona y en otras poblaciones de Cataluña las paredes que separan las casas colindantes se construyen por los dueños de ambos edificios, sentándolas á lo largo, mitad en solar de uno y mitad en solar del otro, resultando comun á ambos dueños.

---

(1) 265 *destres* formaban una *mojada* de tierra, que aún es el tipo vulgar de capacidad superficial en los campos de la provincia de Barcelona.

Pero comunmente no se levantan á la vez las casas contiguas, y entonces el primer edificante logra el consentimiento del dueño vecino para construir la pared medianera, es decir, para levantarla sobre terreno de ambos, de modo que sirva para sostener los maderos y demás peso que de las dos casas deba ó pueda gravitar. En este caso el primer edificante satisface todo el importe de la pared medianera (1), y hasta que se edifique el solar contiguo no podrá reclamar á su dueño el importe de la mitad del costo.

Por esto la Ordinacion 3.ª de la Parte 1.ª, y el Capítulo 59 del *Recognoverunt proceres* disponen que nadie puede cargar en la pared que el vecino hubiere edificado, aunque el solar sobre que se levanta sea medianero, sin haber pagado la mitad del costo de dicha pared, ó que se haya celebrado un convenio con dicho vecino. La Ordinacion 13 de la misma parte (2) dispone que si la pared medianera no fuese suficiente para sostener la carga que quiera imponerle el nuevo edificante, éste deberá deshacerla y volverla á levantar segun ley, quedando los materiales para el primer edificante que la construyó.

Segun las Ordinaciones 1.ª, 2.ª y 39, las edificaciones pueden aproximarse á la pared medianera ó de exclusiva propiedad del vecino, á no ser que en ella exista lucerna adquirida por la prescripcion de 30 años ó por escritura (3), pues en este caso al frente de la abertura ó lucerna ha de dejar un vacío ó patio de cuatro palmos de destre en cuadro (4).

La Ley 13, Dig. *De servit. præd. urb.* VIII, 2 dice que es lícito revocar y pintar la pared comun, pero que en caso de demolicion el propietario que lo hubiese ejecutado no podrá obtener mayor indemnizacion que la del valor de un revoque comun.

§ 215. Prohibiciones respecto á la pared medianera y á la del vecino, en cuanto á las conducciones de agua.—La Ordi-

---

(1) Comunmente esta pared se levanta con el espesor de medianera hasta el primer alto de la casa que se edifica, y de allí hasta la parte superior se construye en la parte propia, formando unos pilares al exterior sobre la parte medianera que se levanta sobre el solar vecino.

(2) Esta Ordinacion habla de pared de ladrillo que sea insuficiente para el objeto que se proponga el nuevo edificante, y por consiguiente se refiere á una pared de ladrillo bien construida que se quiera sustituir por otra de mayor solidez que la de costumbre, no pudiendo aplicarse al caso de estar mal construida y de no poder soportar el peso comun de un edificio.

(3) Lo mismo dispone el Cap. 58 del *Recognoverunt proceres.*

(4) Este espacio vulgarmente se llama *androna*, y para comprender sus dimensiones debe saberse que, segun la Ordinacion 50 de la Primera Parte, la lucerna ha de tener precisamente de dos á tres palmos de destre de altura y medio de anchura. La pared que se edifique frente de la lucerna ha de estar á la distancia de cuatro palmos de destre, y las laterales á la misma distancia, contada desde los umbrales de la ventana ó lucerna.

nacion 6.ª de la 1.ª parte dispone que nadie, sin consentimiento del vecino, pueda hacer pasar agua por caños ó canales de barro, colocados en la pared medianera (1), ni empotrar caños de ninguna especie para conducir aguas limpias ó sucias, á no ser que el vecino las tenga en la misma pared medianera.

La Ordinacion 8.ª dispone que las aguas de fregadero sólo pueden conducirse cerca de la pared medianera ó del vecino, construyéndose una hilada de piedra y argamasa (2) que separe el fregadero y el conducto del agua de la pared y de sus cimientos.

§ 216. Distancia de la pared «medianera» ó del vecino á que deben colocarse ciertas obras y fábricas y algunos artefactos.— Segun la Ordinacion 19 de la 1.ª parte, para construir una letrina cerca de la pared del vecino debe hacerse un revestimiento ó contra-pared de piedra y argamasa de un palmo y medio de expesor; y tan alta como puedan subir la inmundicia y agua de la letrina. Lo mismo dispone el Cap. 65 del *Recognoverunt proceres.* La Ordinacion 45 dice que la pared ha de ser un palmo más alta de lo que fuere la tierra ó la inmundicia, y esta disposicion prevalece sobre la anterior.

Segun la Ordinacion 55, los hornos de alfarería deben construirse á tres palmos de destre de la pared del vecino, á cuya distancia se levantará otra pared.

La 54 previene que los pozos pueden abrirse á dos palmos de destre de la pared del vecino.

Segun la 21 los telares no pueden afirmarse en la pared *medianera*, y se han de colocar á un palmo de distancia *para que el golpe de los telares no hiera dicha pared.*

§ 217. «Vista» en la propiedad del vecino. — Es fundamental en este punto la Ordinacion 11 de la 1.ª parte, segun la cual *nadie puede tener vista sobre predio de otro, si ántes no mira sobre el suyo,* disposicion conforme á la de los Capítulos 63 y 60 del *Recognoverunt proceres.*

La Ordinacion 14 dispone que no se pueda alegar posesion de luz sino por claraboya (*luerna*) la posesion de 30 años, habida, como dice la Ordinacion 1.ª, en buena paz y sin contradiccion del vecino ni de sus causantes. La Ordinacion 2.ª sanciona tambien esta prescripcion y el derecho de tener la abertura en fuerza de alguna escritura, y la

---

(1) Cancer (*Var. resol.* Part. 3.ª, Cap 4.º, Ns. 2 y sigs.) dice que si el dueño de dos casas contiguas que hacia pasar agua de una á otra las vendió ambas, el comprador de la segunda no podrá ejercitar la accion negatoria contra el dueño de la primera, porque existe una causa continua y permanente de servidumbre, y porque teniendo el comprador noticia de aquel hecho, tácitamente lo consintió.

(2) Es decir, un resguardo consistente en una contra-pared de un palmo de espesor, que principie en la línea inferior de los cimientos.

41.ª dice que ni en pared propia ni en pared comun se puede hacer ventana ni claraboya hácia la pared del vecino, si ambos no lo hubiesen convenido en escritura. Estas disposiciones son conformes al Cap. 58 del *Recognoverunt proceres*.

La Ordinacion 15 excluye del precepto final de la 14 las pequeñas aberturas que existan en la parte inmediatamente inferior al tejado (1), y aquellas que entre sí dejan los ladrillos que cierran alguna parte de edificio, pues respecto á ambas no se puede alegar posesion alguna.

Importante es la Ordinacion 50, que precisa la significacion jurídica de la palabra claraboya *(luerna)*. Dice que es la ventana de dos á tres palmos de destre de altura y medio de ancho, *pues de otro modo no se llama claraboya (luerna)*.

La 20 dice que nadie puede adquirir posesion (2) de claraboya hecha en agujeros de tapia, á no ser que el vecino le haya facultado para abrirla, lo cual deberá acreditar cumplidamente, pues la Ordinacion 63 considera á la claraboya hecha en agujero de tapias como abierta en fraude del vecino. En congruencia á estas disposiciones se ha interpretado la Ordinacion 61, en el sentido de prohibir que se alegue la posesion (es decir la prescripcion) de la ventana que no esté abierta en pared de ladrillo (3). Por esto la Ordinacion siguiente, ó sea la 62, que prohibe obtener por prescripcion la ventana que no fué abierta en

---

(1) La Ordinacion 15 dice: «*Encara que vista de nengun releix de tancament de taulada, ne de croeras fetas en rajola, nós pot allegar possessió.*» La significacion que en el texto damos á estas palabras nos parece más conforme que la aceptada por el Sr. Vives y Cebriá, tomándola de la traduccion del Sr. Altés y Gaurena, pues están unidas las palabras *creueras de raleix de tancamente de taulada; creueras* significan agujeros pequeños, y *raleix* cosa que sale fuera de la pared.

(2) No pudiendo adquirir posesion, que es indispensable para la prescripcion, no podrá ésta tener lugar ni por tiempo inmemorial. (Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 3.º, Ns. 42 y 43.)

(3) Dice la Ordinacion 61 «*Item que nengú no pot allegar possessió en paret propia ó comuna de finestra gran, ne poca, è semblant troc hon puxa passar null hom, è no altras sino es rajolera.*

Ne poca, significa *ni pequeña*.

Troc, agujero ó abertura.

Rajolera. En la primitiva compilacion se lee *raiolera*, pero en las de 1585 y 1704 la que hemos trascrito, que por lo tanto debemos aceptar. Atendiendo á que la Ordinacion 20 prohibe la prescripcion de claraboya hecha en tapia; á que por la 63 se reputa hecha en fraude del vecino; al sistema de repetir en distinta forma el mismo precepto que se advierte en estas ordinaciones; y atendiendo á que en otros capítulos se permite alegar la posesion de ventana ó claraboya de las dimensiones marcadas en el 50, la palabra *rajolera* no puede referirse á la dimension de la ventana igual á la de un ladrillo, ya presentado por lo más ancho, ya de canto, como algunos han supuesto, sino al material con que está construida la pared, que por lo menos ha de ser ladrillo y de ningun modo de tierra formando lo que se llama tapia. Véase la nota 30 del Sr. Vives y Cebriá, continuada á estas Ordinaciones.

virtud de escritura otorgada por el vecino, debe interpretarse en el sentido de referirse á ventana abierta en pared de tapia.

Las Ordinaciones 51 y 64 de la Primera Parte, conformes con el Capítulo 46 del *Recognoverunt proceres*, disponen que el derecho adquirido por la posesion de 30 ó más años se pierde cerrando voluntariamente la claraboya, de modo que mediante la prueba de este hecho el dueño de la propiedad vecina podrá impedir que se abra nuevamente, y obligar á que se cierre si ya se hubiere abierto (1).

La Ordinacion 46 prohibe abrir ventana en la pared que toca á la del vecino, si éste tuviere otra ventana inmediata, á no ser que la nueva se abra á 6 palmos de *destre* (2).

Respecto á la vista desde terrados, la Ordinacion 66 de la Parte 1.ª establece que si alguien tiene el terrado más alto que su vecino, *debe cerrarse;* es decir, levantar una pared de modo que no tenga vista sobre la propiedad del vecino, á no ser que ántes mire en terreno propio. Las 12 y 65 mandan que si dos vecinos tienen los terrados á igual altura, *deben cerrarse* con pared *medianera*, y por consigniente construida á expensas de ambos, de modo que no haya paso ni vista del uno al otro. Segun la 58, si dos vecinos tienen los terrados á igual nivel y uno de ellos levanta su casa á mayor altura, *debe cerrarse* de modo que no pueda mirar á la propiedad del vecino (3).

Las Ordenanzas Municipales de algunas poblaciones, han reducido la aplicacion de estas disposiciones al señalar la altura máxima de los edificios.

§ 218. **Edificaciones cerca de murallas y torres.**—La Ordinacion 36 de la 1.ª Parte dice que si alguien quiere edificar cerca de la muralla de la ciudad debe hacerlo á la distancia de diez palmos de destre, y de doce desde el cordon, cornisa ó remate de la torre arriba. La 37 explica el modo como esto se verificará, pues dice que la aproximacion á la muralla de la ciudad se hará con una pared en talud (4)

(1) La Ordinacion 64 dice: «*pert tota la servitut que ha aguda, ne ha per tots temps, sols que l' altra puxa probar, que la haja tancada.*» — «*pierde completamente la servidumbre que ha tenido, ni jamás podrá tenerla, mientras el otro pueda probar que la cerró* (la claraboya).»

(2) Esta interpretacion está conforme á la significacion que Cortiada (*Decis.* 260, Num. 4, dá á las palabras *finestra en paret pres de son vehí á cantó.*

(3) *Que badador no haja...—Que no tenga mirador.*

(4) La Ordinacion dice *paret burcega*; y segun antiguas aclaraciones manuscritas que posee uno de los autores, aquellas palabras significan pared que exteriormente va disminuyendo de espesor, formando el contrafuerte que en catalan se llama *aujup*, cuya forma tienen en su párte inferior las murallas de castillo ó lugar fortificado (*burgus* en latin).—El Sr. Vives y Cebriá, siguiendo al Sr. Altés y Gaurena, traduce las predichas palabras por las de *pared de piedras en seco*, que ni explican el sentido de las Ordinaciones, ni pueden aplicarse á una pared que debe sostener el peso de la edificacion superior.

hasta el cordon ó remate de la torre, de modo que desde éste haya la distancia de 12 palmos; repitiendo que basta la de 10; si se trata de muralla.

La 16 dice que nadie puede alegar posesion de servidumbre en contra de lo prevenido acerca de las torres de murallas. Añade que respecto de las otras torres del interior de la ciudad ó de fuera de ella, si el vecino quiere edificar á mayor altura que el techo superior de la torre bastará que se aleje diez palmos, distancia que, segun la Ordinacion 17, no será necesario guardar cuando la torre no esté situada en via pública. Finalmente, la 18 dice que si alguien hubiere ocupado la parte de la muralla de ciudad comprendida de torre á torre, en la pared que hubiere levantado ó que levante no puede abrir ventanas ó mirador, ni dejar la obra de modo que haya vista sobre casas vecinas, pues dicha pared no goza del privilegio de que disfrutan las murallas y torres de la ciudad, de tener vista ó mirador sobre los edificios contiguos al foso.

Estas disposiciones comprendian las fortalezas feudales, segun decian los autores al comentar el Usatge *Magnates,* 1.° del Tit. 30 (*De Feus y Postals y Emparas reals*) Lib. IV, Vol. 1.° Por lo demás, han sido sustituidas por las disposiciones generales del ramo de guerra, y especialmente por las Reales órdenes de 12 de Agosto de 1790, 26 de Agosto de 1806, 2 de Noviembre de 1834, 13 de Febrero de 1845 y 22 de Marzo de 1875.

§ 219. **Edificaciones cerca de los templos y palacios reales.** —Sobre este punto no existen disposiciones particulares: se acudirá á los derechos canónico y romano.

§ 220. **Conduccion y derrame de las aguas pluviales.**—La Ordinacion 4.ª de la Parte 1.ª dispone que cualquiera puede echar las aguas pluviales á la calle.—Pero en Barcelona el Reglamento de 7 de Mayo de 1824 previno yá que en todos los edificios cuyas cubiertas se construyesen nuevamente debiesen conducirse las aguas pluviales por conductos interiores ó colocados en la fachada. El impuesto de canalones ha sido causa de la desaparicion de éstos.

Segun la Ordinacion 42, el derecho de arrojar el agua por medio de canal ó dejándola caer naturalmente sobre la propiedad vecina se pierde por el hecho de que, al edificar, se quiten las canales ó tejas (1).

El Cap. 61 del *Recognoverunt proceres* dispone que si se tuviere sobre el predio de otro una canal para hacer pasar el agua, si la levanta no pueda despues volverla á colocar.

---

(1) *Socanyal ó degotís.*

§ 221. Servidumbre de paso en propiedad urbana.—Segun la Ordinacion 10 de la 1.ª Parte, nadie puede alegar posesion de 30 años, es decir prescripcion, de lo que sirve de paso al albergue ó casas de su vecino, en tapias, paredes de ladrillo ó entablados.

§ 222. Obligacion de cercar ó cerrar la propiedad.— La Ordinacion 22 de la Parte 1.ª manda que toda casa-habitacion debe separarse de la vecina, levantando una pared de tres *tapias* de altura sobre solar *medianero.*

La 44 dice que en casas hasta tres *tapias* de alto, el suelo sea medianero.

Estas Ordinaciones con la palabra *tapias*, se refieren á la altura de la parte de tapia construida cada vez que se colocaba la especie de cajon que sirve para levantar tapias, cajon de tres pies y cuatro pulgadas de altura. Por esto las Ordinaciones 67 y 68 fijan el nùmero de ladrillos y de *piedras de hilo* equivalentes en altura á una *tapia* (1). Las 69 y 70 precisan el valor de las *tapias*, que, por haber cambiado, debe hoy regularse por peritos.

§ 223. Incendios y desplomes.—La Ordinacion 47 de la 1.ª Parte dispone que por razon del fuego que de una casa prenda á otra, el dueño de la primera no debe indemnizacion al de la segunda, porque *el caso es fortuito.*

La 69 dice que no está obligado al resarcimiento el dueño de la casa, cuyo albergue, terrado, tejado ó pared se haya desplomado sobre casas ú otras propiedades vecinas, si los dueños de estas no hubieran protestado con escritura ante aquel. Sobre este punto, el derecho romano dispone (2) que el dueño, ó poseedor en virtud de un derecho real, de la casa vecina á la ruinosa, puede exigir al dueño ó poseedor de esta que le preste caucion de resarcimiento del daño para el caso de tener lugar. Si no la exigió y el daño se ha causado, aquel no podrá reclamar indemnizacion alguna, ni tampoco que el dueño ó poseedor de la arruinada quite las piedras y demás materiales caidos en la perjudicada, cuyo dueño podrá aprovecharlos en virtud de apropiacion *pro de relicto.*

---

(1) La Ordinacion 67 dice: «*Sépase que cien ladrillos deben formar una pared de igual altura y espesor que una tapia.*» La 68: «*Sépase tambien que cien piedras de hilo forman igual altura y anchura que una tapia.*»—Actualmente no se labran *las piedras de hilo (sillares)* con dimension cierta y constante.

Estas Ordinaciones atienden á la longitud que tenian los cajones de construir las tapias, y por consiguiente á la parte de estas que se construia á la vez, y que en sentido extricto y jurídico llaman *tapia.*

(2) Dig. *De damno infecto* XXXIX, 2.

Segun la Ley de Enjuiciamiento civil, puede prevenirse el daño por medio de los *interdictos de obra vieja.*

§ 224. **Obligacion del vendedor de manifestar las servidumbres no aparentes.**—Segun la Ordinacion 59 de la Parte 1.ª, el que venda casas ó albergues debe manifestar las servidumbres ocultas ó escondidas que prestan, y si no lo verifica habrá de devolver la parte del precio que, segun peritos al efecto nombrados, dichas servidumbres disminuyen el valor de la casa vendida.

No existen más disposiciones sobre las servidumbres urbanas. Las no mentadas se rigen exclusivamente por el derecho romano.

SECCION 3.ª

DE LAS SERVIDUMBRES RÚSTICAS.

§ 225. **Propiedad de los ribazos limítrofes.**—Segun la Ordinacion 52 de la 1.ª Parte, los ribazos que existan entre dos predios contiguos son del superior.—Lo mismo dispone el Cap. 50 del *Recognoverunt proceres.*

§ 226. **Cerramiento de las heredades.**—Segun la Ordinacion 29 de la misma Parte, los liños han de plantarse espesos y á la distancia de tres palmos de destre de la propiedad vecina.

Segun la 30, el dueño de la propiedad vecina á la que tenga liños de cerca, deberá plantarlos del mismo modo que éstos estuvieren, si al efecto fuere requerido por el dueño, á fin de que los mulos y otras bestias no perjudiquen los liños de su propiedad.

La 38 previene que el propietario de huerta puede obligar al propietario vecino á *cercarse* con tapias, es decir, á levantar una tapia comun; pero nó el de viña ó campo.—Segun la 43 el propietario de huerta que fuere requerido para *cercarse* con su vecino, debe ceder por su parte la mitad del suelo sobre que debe levantarse la cerca ó separacion; si no quedare cercado como el requirente, nada más estará obligado á satisfacer.— Segun la 23 el requirente debe ayudar con dos *tapias* de altura al vecino de su huerta (1).

La Ordinacion 56 de la 1.ª Parte faculta al propietario de heredad vecina á un torrente seco, para que haga cerca, con tal que no estreche el paso del agua.

§ 227. **Defensa contra las aguas.**—Se observa lo establecido en el Digesto, Tit. *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, XXXIX, 3; pero se

(1) Véase en el § 222 la significacion de la palabra *tapia*.

tendrán presentes las disposiciones de la Ley de aguas, referentes á las obras de defensa en cauces públicos.

§ 228. **Curso de las aguas y su conduccion.**— Es capital en este punto la ley de 13 de Junio de 1879. En su defecto rigen las disposiciones del derecho romano, contenidas en el citado Título del Digesto *De aqua et aquæ pluvie arcendæ*, y en el *De aqua cottidiana et æstiva*, XLIII, 20, y en el siguiente *De rivis*.

La Ordinacion 9.ª de la 1.ª Parte dispone que si por una propiedad se hubiere de dar paso á agua, junto á la reguera ha de dejarse un espacio ó senda de dos palmos y medio de destre.

Segun la 57 para la conduccion de agua por el pié de la pared del vecino, debe hacerse una hilada (1) de piedra y argamasa más alta que el nivel del agua conducida, de modo que las paredes no puedan destruirse.

La 48 dispone que el dueño de la propiedad por donde discurre un arroyo ó torrente, no está obligado á resarcir los daños causados por desbordamiento, porque *es un accidente que Dios envia.*

§ 229. **Plantacion de árboles cerca de propiedad agena.**— La Ordinacion 26 de la 1.ª Parte dispone que nadie puede plantar cerca de la propiedad vecina (sea campo, viña ó huerto) árboles como álamos, sauces, almezos, olivos, nogales, moreras ni otros que alcancen más de tres destres (es decir, tres canas de destre), sino á la distancia de doce palmos de destre de la heredad vecina, y, segun la Ordinacion 27, á la de dos destres entre sí, para que la espesura no quite el sol al predio vecino.

Segun la 28, todo otro árbol (es decir, que no alcance la altura de tres canas de destre) que se plante en huerto, viña ó campo, debe ponerse á tal distancia de la propiedad vecina, que cuando se haya desarrollado quede á la de seis palmos de destre cumplidos; de lo contrario, á requerimiento del vecino, deberá ser arrancado.

Segun la Ordinacion 3.ª de la 2.ª Parte, los olivos y árboles frutales, á excepcion de la higuera *porque es árbol dulce*, deben plantarse á nueve piés de distancia de la propiedad vecina, á no ser que se plantasen á la orilla del agua, pues la distancia deberá ser únicamente de un pié.

§ 230. **Arboles silvestres antiguos, contiguos á propiedad agena.**— La Ordinacion 1.ª de la 2.ª Parte dispone que si en algun prédio hubiese robles, encinas, álamos, nogales, chopos ó cualesquiera otros árboles silvestres, como pinos, á excepcion de los olivos, que no estuvieren á treinta piés del prédio vecino, deberán ser cortados.

(1) § 215, nota 2.ª

La 2.ª de la misma 2.ª Parte previene que si distaren más de treinta piés, podrán ser conservados; pero si el vecino alegare que le perjudican, dos peritos fijarán el daño que habrá de indemnizar el dueño de los árboles, el cual no podrá ser obligado á cortarlos.

§ 231. **De las ramas de olivo antiguo que caigan sobre la propiedad vecina, y de las de cualquier árbol que cuelguen sobre edificio.**—La Ordinacion 32 de la 1.ª Parte previene que de todo olivo plantado desde 30 años y que esté echado á plomo sobre la propiedad del vecino, si éste lo pidiere deben cortarse las ramas y raíces desde lo más alto á plomo, tanto como puedan tocar la finca del requirente en seis palmos de destre (1) desde el linde de ambas propiedades.

Segun la Ley 1.ª Digesto *De arboribus cædendis*, XLIII, 27, á peticion del dueño ó usufructuario debe ser arrancado el árbol ó la vid cuyas ramas cuelguen sobre un edificio; y si el dueño de tal árbol no lo arranca en virtud del mandato judicial, podrá hacerlo el vecino perjudicado, que hará suya la leña.

§ 232. **Del árbol que la fuerza del viento inclinó sobre la propiedad vecina.**—La Ley 2.ª del mismo título del Digesto concede al dueño de una propiedad el derecho de obligar al de la vecina á que arranque el árbol inclinado por la fuerza del viento sobre aquella.

§ 233. **Del árbol que hace escalera.**—La Ordinacion 33 de la primera Parte dice que el álamo, almezo, nogal, ó cosa que facilite la subida á la pared del vecino, debe ser arrancado si aquel hecho no se evita quitando algunas ramas.—La 34 dispone que si dicho árbol por viejo hubiere prescrito, debe cortarse cuando se hicieren casas ó cercas de tapia.—La 53 dispone que si de dos vecinos en pared, es decir, que sus propiedades sean contiguas, uno edifica casa ó casas y el otro tiene en su huerto algunos árboles que formen escalera para subir, deba éste cortarlos sin que obste la posesion ó prescripcion.

§ 234. **Requisitos para hacer huerto cerca de casa agena.**—Segun la Ordenacion 35 de la 1.ª Parte, el que pretenda hacer huerto cerca del albergue ó casa agena debe formar entre la pared y el huerto un revestimiento ó contra-pared con buena argamasa de un palmo de grueso y otro tanto más alto que el nivel del huerto.

§ 235. **Servidumbres públicas.** — En la compilacion legal de

(1) Un ejemplar antiguo de estas Ordinaciones, conservado en el Archivo municipal de Barcelona, dice 16 *palmos*.

Cataluña existe el Tit. 3.°, Lib. V, Vol. 1.°, que tiene el epígrafe *De servituts, ayguas, emprius y ponts.*

El Usatge *Stratæ* declara que son de aprovechamiento comun los caminos públicos, las aguas corrientes y fuentes, los prados, los pastos, las selvas y los carrascales. Marquilles (1) dice que en su tiempo, en virtud de costumbre inmemorial, no se observaba dicho Usatge; esta inobservancia fué sancionada en la Constitucion 1.ª (2) del mismo título, al disponer que los aprovechamientos de leñas, pastos y aguas de los castillos ó lugares, y de los términos de los primeros, se hiciese como antiguamente habia sido costumbre verificarlo.

El Art. 1.° del Reglamento para la ejecucion de la Ley Hipotecaria, dispone que se inscriba cualquier título referente al derecho de pastos.

El Título de la compilacion de Cataluña, siguiente al indicado, bajo el epígrafe *De sequias y rechs de ayguas*, contiene el Usatge *Sequiam* que prohibe desviar el agua de la acequia de los molinos que va á Barcelona; una Constitucion sobre la conservacion de una acequia del Rosellon; once que autorizan á los pueblos para crear censales al objeto de construir caminos, acequias y diques en las márgenes de los rios; y una que quiso evitar los abusos cometidos en las acequias de Lérida, Puigcerdá y Tuir en el Rosellon.

SECCION 4.ª

SERVIDUMBRES PERSONALES.

§ 236. **Derecho vigente.** — El derecho romano se aplica íntegramente.

Existe la servidumbre legal de usufructo á favor de la viuda y de sus hijos herederos, en el caso de la tenuta.

Segun el N.° 2 del Art. 107 de la Ley Hipotecaria, puede hipotecarse el derecho de percibir los frutos, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ageno á la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluutad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligacion asegurada, ó hasta que llegue el dia en que el usufructo habria naturalmente concluido, á no mediar el hecho que le puso fin. El N.° 7 del Art. 108 prohibe hipotecar el derecho á percibir los frutos en el usufructo de los padres sobre el peculio adventicio y los bienes reservables. Finalmente el N.° 8 del mismo artículo no permite hipotecar el uso y la habitacion.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Abril de 1850, consideró

(1) Comentario á este Usatge (fol. 211 vuelto.)

(2) Pedro II, en las Córtes de Barcelona, año 1283, Cap. 44.

la cesion de usufructo hecha condicionalmente y con limitacion por el usufructuario como una simple cesion de frutos, y no como trasmision completa y absoluta del derecho.

En la de 7 de Noviembre de 1859 (Tomo 82 de la Coleccion de Decretos), el mismo Tribunal declaró que si bien por el derecho pretorio el usufructuario está obligado á prestar caucion de conservar la cosa en que consista el usufructo, y de restituirla oportunamente y sin detrimento ó menoscabo, esta obligacion se limita en sus efectos á que el propietario en el interin no se otorgue la caucion pueda resistir la entrega, ó negarse á dar la tenencia; y en el caso de estar ya en ella el usufructuario, segun la jurisprudencia y doctrina legal, á que se secuestren ó depositen los frutos, pero sin que puedan extenderse aquellos efectos á la pérdida absoluta é irrevocable de los derechos que nacen del usufructo.

SECCION 5.ª

MODOS DE CONSTITUIRSE Y EXTINGUIRSE LAS SERVIDUMBRES.

§ 237. **Derecho vigente.**—Lo es el derecho romano, pero existen variantes respecto al de prescripcion.

Para adquirirlas por este medio es indispensable la cuasi posesion durante 30 años, pues sólo por el trascurso de este plazo se extingue la accion negatoria, comprendida en la disposicion general del Usatge *Omnes causæ*, á tenor de la interpretacion que recibió y que se observa (1). Además, las Ordinaciones 1, 2, 10, 14, 32, 34, 62 y 63 de la 1.ª Parte de las de Sancta Cilia, ora establecen la prescripcion de 30 años, ora la prohiben en los casos expresados en los §§ 214, 217, 218, 221, 226 y 231.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Junio de 1867 declaró que si bien en la legislacion romana se reconoce la division de servidumbres en contínuas y discontínuas por su propia esencia y naturaleza, para adquirirlas por la prescripcion no establecen diferencia alguna fijando igual plazo para unas y otras. Este fallo restableció los verdaderos principios de la legislacion romana, pues muchos de sus intérpretes, equivocando la significacion y alcance de las leyes del Digesto 28, *De probatio*, XXII, 3; 1, § 4, *De aqua cuotidiana*, XLIII, 20; y 2 y 26. *De aqua et aquæ pluviæ arcen.*, XXXIX, 3, supusieron que era indispensable una posesion inmemorial para adquirir por prescripcion las servidumbres discontínuas. En este error incurrieron los tratadistas catalanes, y lo aplicaban bajo el supuesto de que el Usatge *Omnes causæ* dejó subsistentes las prescripciones de más de 30 años.—Las sentencias del referido Tribunal de 13 de Enero de 1860 y 23 de Junio de 1862

(1) § 203.

recayeron en juicios fallados segun la legislacion castellana, y por consiguiente no son aplicables á Cataluña.

Respecto á la prescripcion extintiva, no ocurre dificultad, pues se aplica la de 30 años establecida en el mencionado Usatge.

Conviene recordar lo dicho en el § 217 sobre la pérdida de la servidumbre de claraboya, cuando ésta sea cerrada por el dueño de la casa donde exista, y en el § 220 sobre la extincion de los servidumbres *stellicidii* y *fluminis*, por el hecho de quitar el dueño del predio dominante las tejas ó canales.

El Art. 2.º (n.º 2) de la Ley Hipotecaria, previene que se inscriban en el Registro de la Propiedad los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan servidumbres.

CAPÍTULO 5.º

DE LA ENFITEUSIS.

SECCION PRELIMINAR.

§ 238. **Importancia de este derecho en Cataluña.**—La enfitéusis se generalizó tanto en Cataluña, que imprimió un carácter especial á la organizacion de la propiedad. El objeto de estas Instituciones no permite que expongamos los beneficios reportados por la riqueza en general, y por la agrícola en particular; basta consignar que fueron inmensos, para legitimar la extension de este capítulo.

Sin embargo, no podemos omitir que en algunos puntos alcanza una exageracion apenas concebible. La sentencia arbitral que fijó los derechos de los dueños directos ó señores de las enfitéusis de la ciudad de Barcelona y de sus contornos, es suficiente demostracion de cuántas debieron ser las arbitrariedades cometidas, y de qué manera se desnaturalizó el derecho de enfitéusis.

§ 239. **Nombres con que se le designa.**—A la enfitéusis se le da en Cataluña el nombre de *establecimiento;* de modo que al acto de constituirla se le llama *establecer*, y al que lo verifica *estabiliente.*

Tambien se designa con el nombre de la prestacion esencial que comprende, ó sea del *censo*, diciendo Fontanella (1) que con esta palabra se quiere significar comunmente el censo enfitéutico.

Las verdaderas enfitéusis, las que conceden al que las constituyó y á sus sucesores todas las prerogativas determinadas por las leyes, se llaman *censos con dominio;* las que dan derecho á cobrar las pensiones, á

---

(1) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 1.ª, N.º 22.

usar del tanteo y á exigir el reconocimiento de la existencia del censo, pero nó á cobrar laudemios, se conocen con el nombre de *censos á nuda percepcion*. Además pueden crearse censos que sólo confieran el derecho de cobrar las pensiones: se les llama *censos sin dominios*.

SECCION 1.ª

DE LOS DERECHOS DEL ENFITEUTA.

§ **240. Dominio útil.**—El conjunto de los derechos del enfitéuta ha recibido el nombre de *dominio útil* (1).

§ **241. Disfrute de la cosa.**— Con arreglo á las disposiciones del derecho romano, el enfiteuta tiene el pleno disfrute de la cosa.

Por consiguiente hace suyos los frutos irrevocablemente, por el sólo acto de la separacion (2). Puede celebrar los contratos de arriendo y demás que estime convenientes para obtener utilidades de la finca, variando su destino, pero nó deteriorándola (3). Segun las *Ordinaciones d' En Sancta Cilia* (4), puede plantar árboles de todas especies, vender y cortar álamos, nogales y almezos en el huerto ó campo enfitéutico, sin impetrar el consentimiento del dueño directo, ni darle parte del precio de lo que vendiere con raíces ó sin ellas, á ménos que, en la escritura de establecimiento el segundo hubiere consignado la correspondiente reserva.

Su derecho enfitéutico se extiende á lo que por accesion se une á la finca enfitéutica (5).

En concepto de enfitéuta, nada le corresponde sobre el tesoro hallado en la finca (6).

§ **242. Posesion de la cosa enfitéutica.—Interdictos.**—El enfitéuta tiene la posesion material de la finca: de ahi que pueda usar de los interdictos de retener y recobrar la posesion (7).

§ **243. Vindicacion de su derecho.**—El enfiteuta tiene una accion real (8) para hacer valer su derecho, áun contra el dueño (9).

---

(1) La doctrina de la separacion del dominio, establecida por los glosadores, fué admitida en Cataluña sin restriccion alguna.

(2) Ley 25, § 1.°, Dig. *De usuris*, XXII, 1.

(3) § 3.°, *Inst. de locat.*, III, 25.—Nov. 7, Cap. 3.°, § 2.°—Nov. 120, Cap. 8.°

(4) Ordinacion 31 de la 1.ª Parte.

(5) Dedúcese de las Leyes 10, 32 y 65, Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.

(6) Dedúcese de la Ley 7, § 12, Dig. *Solut. matri.*, XXIV, 3.

(7) Ley 25, § 1.°, Dig. *De usuris*, XXII, 1.—Ley 31, Dig. *De pignoribus*, XX, 1.

(8) Llamada en derecho romano *Actio in rem utilis*.

(9) Ley 1.ª, § 1.°, Dig. *Si ager vectig.*, VI, 3.—Ley 13, § 2.°, Dig. *De publi. in rem act.* V, 2.—Ley 16, Dig. *De serv.*, VIII, 1.

§ 244. Reconocimiento de su derecho por el dueño directo. —Renovacion del título ó «Carta precaria».— El enfitéuta que bajo juramento dijere que ha perdido el título primitivo, tiene derecho á obtener del dueño directo el otorgamiento de un nuevo título llamado *carta precaria ó título precario*. Para lograrlo, debe justificar que ha poseido la finca enfitéutica, por sí ó por sus causantes, durante 40 años no interrumpidos (1), satisfaciendo las pensiones; y á peticion del dueño directo, satisfacerle los laudemios devengados por las enagenaciones que hubieren tenido lugar y que no se hicieron efectivos, pues en virtud de dicha renovacion de título parece que el dueño directo aprueba los contratos de enagenacion, y que condona dichos laudemios si no los reclama (2).

En virtud de una costumbre inconcusa, el dueño directo al otorgar el nuevo título cobra 9 sueldos como *derecho de pluma ó firma* (3), cantidad que en Barcelona se distribuye entre los varios dueños, como se explica en la seccion que consagramos á la exposicion del derecho particular de dicha localidad.

§ 245. Derecho de disponer de la cosa enfitéutica y de gravarla.— El enfitéuta puede disponer de la cosa por todos los medios reconocidos en el derecho, ya sean entre vivos, ya por causa de muerte (4). En las enagenaciones á título oneroso debe impetrar la vénia del dueño directo, el cual, siempre que se trate de una compra-venta, puede quedarse la finca por el mismo precio ofrecido por el comprador.

Puede hipotecar la finca enfitéutica y gravarla con servidumbres (5). Si el enfitéusis se estableció por tiempo determinado, las hipotecas y servidumbres reales constituidas sin el consentimiento del dueño directo, desaparecerán al extinguirse aquel derecho (6). Respecto á la constitucion y efectos de la hipoteca, deberá tenerse presente el Artículo 109 de la Ley Hipotecaria.

El Art. 118 de la misma Ley dispone que cuando un prédio enfitéutico caiga en comiso con arreglo á las leyes, pasará al dueño del dominio directo con las hipotecas ó gravámenes reales que le hubiere impuesto el enfitéuta.

---

(1) Ripoll, *Var. resol.*, Cap 7, Ns. 342 y 438.—Tos. *Tratado de la cabrevacion*, Capítulo 8.°, Ns. 9 y 10.

(2) Gibert, *Teorica artis notariæ. De los laudemios.*

(3) Solsona. *Lucer. laud.*, Cell. 11, Ns. 1 y 2., y autores citados.

(4) § 3, Inst. *De locat.*, III, 24.— Ley 1.ª, Cod. *De jure emphite.*, IV, 66.—Ley 1.ª, Cod. *De fund. patri.*, XI, 61.—Leyes 1 y 3, Cod. *De locat. predio. civi.*, XI, 70.—Ley 71, § 5 y 6, Dig. I, *De legalis*, XXX.—Ley 10, Dig. *Fam. ercis.*, X 2.

(5) Ley 16 § 2.°, Dig. *De pignorat. act.*, XIII 7.—Ley 1.ª, proe., Dig. *Quibus modis usufr. amitt.*, VII 4.

(6) Es la verdadera interpretacion que, para este caso, debe hacerse de la Ley 31, Dig. *De pignoribus*, XX, 1.

§ 246. **Derecho de dar la finca á censo á nuda percepcion.** —Excepto en Barcelona y su huerto y viñedo (1), el enfitéuta no puede subestablecer la finca enfitéutica. Puede enagenarla en todo ó en parte, reservándose el derecho de cobrar *censos á nuda percepcion*, así llamados porque al crearlos el enfitéuta sólo adquiere el derecho de percibir una pension, de firmar los traspasos para conservar sus derechos y el de tanteo ó fadiga para sí solamente, pero nó el de cobrar laudemio; de tal modo que si se pactase que lo cobraria, el dueño directo no estaria obligado á firmar la escritura de creacion. Así lo dispone terminantemente la Constitucion 5.ª (2) del Tit. 31 *(Del dret emphiteotich)* Libro IV, Vol. 1.°

La Constitucion 1.ª (3) del mismo título dispone que *no sea lícito en Barcelona ni en toda Cataluña dar á censo ó tributo los honores ó posesiones que han sido concedidas á censo o enfitéusis, ni por clérigos ni por láicos sin especial licencia ó voluntad de los principales señores*, es decir, de los dueños directos.

La citada Constitucion 5.ª, atendiendo á que fuera de la ciudad de Barcelona y de su territorio y de otras ciudades y villas en las que por privilegio, costumbre ú otro derecho está permitido á los enfitéutas establecer las cosas enfitéuticas, imponiendo un censo mayor del que ellos prestan al señor directo ú otras cargas con una cantidad de entrada, y atendiendo á que dichos enfitéutas pretendian que no adeudaban laudemio del censo ó carga ó entrada impuestos, y siendo esta pretension contraria al derecho y equidad, mandó que en tales casos deba pagarse laudemio (4), segun en el lugar donde estén las cosas establecidas, se pagare por las ventas ú otras enagenaciones; que dicho laudemio debe computarse sobre la estimacion ó valor (capitalizacion) del censo ó carga, y sobre la entrada que se hubiese pactado en la concesion á censo (5).

SECCION 2.ª

OBLIGACIONES DEL ENFITÉUTA.

§ 247. **De la entrada.**—*Entrada* es lo que se entrega al dueño directo en el acto de la otorgacion de la escritura. No es necesaria (6).

---

(1) Véanse los §§ 308 y 311.

(2) Cárlos, en las Córtes de Barcelona; año 1520, Cap. 12.

(3) Pedro I en las Córtes de Barcelona, año 1210, Cap. único.

(4) *Luysme* (laudemio), *foriscapi ó ters* dice la Constitucion, pues entónces existia la distincion entre ellos, que se explica en la nota de Vives á esta Ley.

(5) Esta disposicion, ¿comprende los enfitéusis de Barcelona y su territorio? Véase el § 312.

(6) Como ya decia Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, N. 24.

Puede consistir en una cantidad en metálico ó en especie: á veces se dán por entrada un par de pollos, perdices, etc. (1).

En cuanto á la entrada, el establecimiento de enfitéusis es una verdadera enagenacion (2).

Consecuencia de este principio es que si el estabiliente tiene á su libre disposicion la finca que dá en enfitéusis, la entrada puede consistir en la cantidad que las partes tengan á bien, y se reputará parte del valor de la finca entregado por el enfitéuta. Pero si el estabiliente no puede disponer libremente de la cosa, dice Vives, la entrada deberá ser módica, sin más objeto que hacer constar el establecimiento, á no ser que se invierta en pago de cosas á que, segun derecho, estuvieren obligados los bienes. Respetamos esta doctrina, mas opinamos que cuando no se tenga la libre disposicion de los bienes, no se podrá otorgar un enfitéusis, pues como derecho real perpétuo disminuye el dominio.

§ 248. **Del cánon, pension ó censo.**—El cánon es tan esencial en el enfitéusis, que sin él no se concibe la existencia de tal derecho (3). Es el verdadero reconocimiento del dominio que sobre la finca tiene aquel á quien se entrega.

§ 249. **¿En qué puede consistir?**—Puede consistir en dinero, frutos ó cualquiera otra cosa que demuestre el reconocimiento del dominio (4); así es que son muy comunes los que consisten en un par de pollos vivos, ú otros objetos análogos (5); y los reverenciales que se reducen, por ejemplo, á un vaso de agua.

Si consiste en frutos, debe satisfacerse, aunque nada produzca la finca; á no ser que se hubiese pactado que dichos frutos se entregarian de los producidos por la finca, lo que, como dice Vives (6), raras veces se verifica.

En cuanto al *máximum* á que puede ascender la pension, los autores dicen que, en las cosas infructíferas, existirá cuando sumadas las de 20 años, representen el justo valor de la cosa (7), y en las fructíferas cuando representen la renta, ménos una sexta parte. Para hacer el cálculo en ambos casos se deducirá la parte del valor de la finca representado por la entrada (8).

---

(1) Vives, Nota 4 al Tít. 30, Lib IV, Vol 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(2) Vives, *Eod.*

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 1.ª, Ns. 139 y 167.

(4) Ley 21 Cod. *De locato*, IV, 65.

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 1.ª, N. 201.

(6) Nota 4.ª al Tít. 30, Lib. IV, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(7) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part 1.ª, N. 47.

(8) Fontanella, *Eod.*, N. 84.

§ 250. **La entidad de la pension puede variar por prescripcion.**—Al enfitéuta que durante 30 años, si el dueño directo es láico, y durante 40, si es eclesiástico, ha satisfecho un cánon menor que el estipulado en la escritura de establecimiento, sólo se le puede exigir que continúe pagando aquella misma cantidad, y nó la consignada en escritura. Así lo sostienen Fontanella (1) y Vilaplana (2), deduciéndolo del Usatge *Omnes causæ* y de lo que se expone en el párrafo siguiente.

§ 251. **El dueño directo, ¿cuántas pensiones puede reclamar?**—El dueño directo eclesiástico no puede reclamar mas de 39 pensiones, vencidas en el dia de la demanda. El láico, sólo 29. De modo que á las pensiones se les aplica la prescripcion extintiva (3).

§ 252. **¿A quién puede reclamarlas?**—A cualquier poseedor de la finca enfitéutica (4), al cual podrá exigir las pensiones no satisfechas por anteriores poseedores (5). Si hubiere varios, dice Ripoll (6) que cada uno de ellos estará obligado *in solidum*, á no ser que la division de la cosa enfitéutica se hubiese hecho de consentimiento del dueño directo. Aunque se refiere á la hipoteca, el Art. 123 de la Ley Hipotecaria ha robustecido esta doctrina.

Sobre ella debemos mencionar las sentencias del Tribunal Supremo de 24 Octubre de 1864 y de 9 de Julio de 1868, que si bien fueron proferidas en recursos decididos con arreglo á la legislacion de Castilla, consignan la excepcion hecha por Ripoll, pero con palabras que la limitan bastante; son idénticas las frases de ambas, y dicen: «Que aun »cuando la indivisibilidad de los censos es una cualidad inherente á »los mismos, ninguna disposicion legal prohibe que pueda modifi»carse por el mútuo consentimiento del censualista y del censatario.» La de 20 de Marzo de 1852 declaró que bastaba el consentimiento tácito.

§ 253. **El censo no se reduce por destruccion de parte de la finca.** — El enfitéuta tiene la facultad de dimitir la finca, siempre que considere gravoso el censo que está obligado á pagar (§ 297). Sin embargo, Vives (7) cita un ejemplo para sostener que en algun caso *por equidad* deba reducirse.

---

(1) *De pactis nup.* Claus. IV, Glos. 18, Part, 1.ª, Ns. 166 y otros.—*Decis.* 217, Ns. 19 y sigs.—*Decis.* 305, Ns. 9 y sigs.; y *Decis.* 412, Ns. 20 y sigs.

(2) *Ilustr. feud., et emphi.*, Prelud. 1, N. 42.

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos 18, Part. 1.ª, Ns. 131 y sigs.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap 4.° N. 177.

(4) Ley 7, Dig. *De publican et vegt.* XXXIX, 4.

(5) Ley 2, § 2, Dig. *De verbo obliga.*, XLV, 1.—Fontanella, *Eod*, N. 128.

(6) *Var. resol.*, Cap. VII, Ns. 12 á 20.

(7) Nota 4.ª al Tít. 30 del Lib. IV, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

§ 254. **Reduccion segun la contribucion impuesta á la finca.**—Aunque el enfitéuta está obligado al pago de la contribucion impuesta á la finca (1), segun la Ley de presupuestos de 23 de Mayo de 1845 y la aclaracion 16 del Real Decreto de la misma fecha, tiene derecho á descontar de la pension el tanto por ciento que corresponda, segun el fijado en cada uno por la contribucion territorial.

§ 255. **Validez del pacto en contrario.**—El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Octubre de 1862, ha declarado que las disposiciones citadas en el párrafo anterior no debian aplicarse cuando en virtud de pacto consignado en la escritura de establecimiento, otorgada con anterioridad á la mentada Ley de presupuestos, el dueño directo haya de percibir íntegramente las pensiones y libres de todo pacto real ó concepto que pudiera imponerse en lo sucesivo. En sentencias de 16 de Setiembre de 1864 y de 25 de Abril de 1874 reconoce la misma escepcion, en virtud de pacto posterior á la misma ley.

§ 256. **Prueba de pago de las pensiones.** — El pago de las pensiones se prueba por los medios comunes reconocidos por el derecho. Segun la Ley 3.ª Cod. *De apochis publicis*, X, 22, la del pago de tres pensiones consecutivas acredita el de las vencidas anteriormente, cuya presuncion no tendrá lugar cuando en los recibos de dichas tres pensiones el dueño directo se reservó el derecho de cobrar las anteriores ó hizo una protesta análoga.

§ 257. **No tiene lugar el comiso por falta de pago.**— Si el enfitéuta dejare de satisfacer 2 pensiones, en el caso de ser eclesiástico el enfitéusis, ó 3 si laico, segun el derecho romano (2) pierde la cosa en virtud de reclamacion del dueño directo. Sin embargo, en Cataluña no se aplica esta pena de comiso (3), á pesar de que no la abolieron los Usatges citados por Cancer (4). Es inaplicable la cita hecha en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1870 al declarar que la fuerza del comiso, establecida en la Ley 28, Título 8.º, Partida V contra el enfitéuta que retiene las pensiones por más de tres años, sólo puede tener lugar cuando haya habido justa causa para ello.

§ 258. **Del laudemio.**—*Laudemio* es la cantidad que en la ena-

(1) Ley 2, Cod. *De jure emphiteu.*, IV, 66.—Ley 2, Cod. *De annon.*. X, 16. El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Setiembre de 1864, declaró que el enfitéuta no puede negarse al pago de toda la contribucion impuesta sobre la finca, aunque en virtud de pacto no puede deducir del cánon la parte correspondiente.

(2) Ley 2, Cod. *De jure emphiteut.*, IV, 66.—Nov. 7; Cap. 7, § 2.

(3) Vives, Nota 30 al Tít. 13, Lib. I, Vol. 2.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(4) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 2.º, N.º 1.

genacion de la finca enfitéutica, no exceptuada por la ley, debe satisfacerse al dueño directo por el reconocimiento que éste hace del nuevo enfitéuta.

§ 259. ¿En qué enagenaciones debe satisfacerse? — ¿Cuál es su importe? — Precedentes. — La Constitucion 2.ª (6) del Tit. 31 (*Del dret emphiteutich, luysmes y oriscapis*), Lib. IV, Vol. 1.°, dispone:

1.° Que se pague la tercera parte del precio ó del valor del feudo (7), en concepto de laudemio, en todas las enagenaciones á título oneroso, tales como las ventas, permutas y otras semejantes, aunque sean hechas á favor de los descendientes.

2.° Que se pague la décima parte (8) del valor del feudo en las enagenaciones á título gratuito, como donacion, legado, institucion de heredero, sucesion *ab intestato*, sustitucion ó vínculo, excepto en las hechas al padre, á la madre y á los descendientes por línea recta, aunque el ascendiente otorgante imponga al favorecido la obligacion de entregar alguna cantidad en dinero ú otra cosa al mismo otorgante ó á un tercero; y exceptuando tambien la constitucion en dote que una mujer haga á su marido, ó que un padre ó madre haga á la hija por razon de su matrimonio, pero nó la hecha por un extraño.

3.° La vigésima parte de la cantidad por la cual el feudo se hipotecare, obligare ó entregare por razon de censo al quitar ó vitalicio, ó por cualquier otra causa, excepto si lo hiciere el marido, ú otro por él, en seguridad de la dote de la esposa.

Estas disposiciones, en virtud de costumbre, se aplicaban completamente á las enfitéusis.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de Noviembre de 1862, declaró que en falta de pacto expreso, en Cataluña debe satisfacerse el dos por ciento. Para ello atendió á que en el caso del juicio no se pactó cosa alguna respecto á la cantidad que deberia satisfacerse por razon de laudemio; á que la Constitucion 2.° del Tit. 31, Lib. IV, Vol. 1.° se concreta á los feudos, y por consiguiente no es aplicable á las enfitéusis; á que en falta de ley particular, se observan en el antiguo Principado, como derecho supletorio, el romano y el de Partidas; á que en la Ley 3.ª, Tit. 66 (*De jure emphit*) Lib. IV del Código se establece que los dueños directos sólo pueden percibir por laudemio la cincuentena parte del precio de la finca que se enagena, lo cual prescribe tambien la Ley 29, Tit. 9 de la Partida 5.ª; á que las disposiciones del derecho propio, ó supletorio de Cataluña, sólo pueden tener valor en cuanto no

---

(6) Pedro III, en las Córtes de Cervera, año 1359, Cap. 3.°

(7) Es lo que se llamaba *tercio*.

(8) Esta décima parte era el verdadero *laudemio* (Mières, Coment. á la Constitucion *Item ne super laudi.*, N.° 7): por costumbre se cobraba medio tercio y medio laudemio. Vives, Tom. 2.°, Pág. 158 y Tom. 4.°, Pag. 66.

se hallen derogadas por las leyes generales del reino, posteriores al Decreto de Nueva Planta; á que la Ley de 29 de Mayo de 1823 (1) en su Art. 7.º dispone que en las enfitéusis que deban subsistir, no ha de exceder la cuota que se pague por laudemio de la cincuentena, ó sea el dos por ciento del valor líquido de la finca que se enagena, con arreglo á las leyes del reino, no estando obligados los poseedores del dominio útil á satisfacer mayor cantidad, cualesquiera que sean los usos ó establecimientos en contrario; á que si bien por el Art. 8.º se exceptúan de esta disposicion los casos de existir estipulacion expresa en los mismos contratos sobre lo que haya de satisfacerse por laudemio en las enfitéusis puramente alodiales, esta excepcion no comprende los casos de Cataluña en que nada se pactó respecto á la cuota que debe pagarse por aquel motivo, y á que no puede tomarse en cuenta la jurisprudencia que se decia admitida por los Tribunales del antiguo Principado.

Las sentencias de 7 de Marzo de 1866 y de 30 de Noviembre de 1868 declararon que, á tenor del Art. 8.º de la Ley de 3 de Mayo de 1823, deben cumplirse los contratos existentes sobre la cuota del laudemio en las enfitéusis de dominio alodial que se declaren subsistentes á favor de los sucesores de señoríos.

La de 18 de Junio de 1875 dice que la cuota del laudemio no está determinada en las leyes de Cataluña, fuera de la Constitucion 2.ª del Tit. 31, Lib. IV, Vol. 1.º, y del Cap. 1.º del *Recognoverunt proceres*, tratando aquella únicamente de los feudos, y refiriéndose éste únicamente á las enfitéusis de la ciudad de Barcelona, sus arrabales contiguos, huertos y viñedos; que en Cataluña rige, como supletorio, el derecho comun (2), y en él se dispone que el dueño directo tiene derecho á percibir solamente la cincuentena parte del precio en que se vendiere la finca enfitéutica.

§ 260. Importe del laudemio y enagenaciones en que debe satisfacerse, con arreglo á la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.—Restablecida la completa observancia del derecho romano por la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, se deduce:

1.º Que en Cataluña (excepto en Barcelona, sus huertos y viñedos) no puede exigirse por laudemio más que la cincuentena parte del precio ó estimacion de la cosa (3).

2.º Que deberá satisfacerse laudemio en todas las enagenaciones,

(1) Restablecida en 2 de Febrero de 1837.

(2) No tiene importancia el saber si el Tribunal Supremo con las palabras *derecho comun* significaba el romano ó el de Partidas, pues en este punto ambos están de acuerdo.

(3) La Ley 3.ª, Cod. *De jure emphit.*, IV, 66, fija este *máximum*.

exceptuando la herencia y la constitucion en dote á una hija (1); y por consiguiente que no deberá pagarse por hipoteca de la finca enfitéutica, sino en el caso de venderse ó adjudicarse por no haberse cumplido la obligacion en cuya seguridad se hipotecó, ni por los arriendos á largo plazo que en Cataluña se consideraban enagenaciones.

§ 261. Pago del laudemio en algunas enagenaciones con modalidad.—Venta «á carta de gracia».—Segun el rigor de la Ley, en las ventas á carta de gracia debe pagarse el laudemio íntegro; mas en virtud de una costumbre inconcusa se paga la mitad del laudemio, y en el caso de la reventa se paga la otra mitad (2). Así se dispuso, con respecto á los establecimientos del Real Patrimonio en el antiguo reino de Valencia, en la Instruccion de 13 de Abril de 1783 (3), extendida á Cataluña por Real órden de 21 de Setiembre de 1828.

Acertadamente afirma Gibert (4) que si el contrato de venta no se hubiese celebrado con el pacto de retro, sino que éste se hubiere estipulado posteriormente, se deberá otro laudemio íntegro por la reventa, que constituirá una nueva enagenacion en virtud de contrato distinto del de la primera; y que lo mismo sucederá si habiéndose fijado un plazo para retraer, se prorogase y dentro de la próroga tuviese lugar la reventa, que tampoco se verificaría en virtud del primitivo contrato.

§ 262. Enagenaciones y divisiones necesarias.—Es doctrina admitida por todos los autores de derecho catalan, y observada invariablemente, que no debe pagarse laudemio en las enagenaciones necesarias (5). Gibert cita, como ejemplo, la venta de la cosa indivisible poseida en comun cuando se hace á favor de uno de los comuneros. Hoy, con mayor motivo que cuando escribia Fontanella (6), tiene el carácter de enagenacion necesaria la que haga la mano muerta de la finca que adquiere (7).

Segun la misma doctrina y observancia práctica, tampoco se paga laudemio por las divisiones necesarias, como la que se haga entre los hijos en fuerza de un heredamiento (8). Sobre este punto existe una disposicion en el Cap. 70 del *Recognoverunt proceres* (§ 310).

---

(1) En Cataluña es un anticipo de la legítima, § 98.

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 11, N. ª78.—Solsona, *Lucern, laud*, Cell 10.

(3) Apartado 4.º de la 7.ª Prevencion sobre los establecimientos.

(4) *Teórica artis notariæ*. Parte *De los laudemios*.

(5) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 9, Part. 2.ª—Cancer, *Var. resol*, Part. 1.ª, Cap. 11, N.º 81.— Peguera, en la Constitucion *Item ne super laudemio*, Vers, 1.º, N.º 114.—Gibert, Parte 3.ª, *De los laudemios*.

(6) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 12, N.º 26.

(7) Los Arts. 35 y 38 del Concordato.

(8) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus, IV, Glos. 9, Part. 2.ª, N.º 71 ó 77. — Peguera, *Eod.*, N.º 103.—Solsona, *Lucern laud*, Prælud. 4.º. Ns. 5 á 9.

Gibert dice que no debe pagarse laudemio cuando se vende en beneficio de la Iglesia, de la libertad, para el embellecimiento de la poblacion, en bien de la paz ó por otra causa de utilidad pública.

En la expropiacion forzosa, como caso de enagenacion necesaria, no se devengará laudemio; pero se habrá de indemnizar al dueño directo, cuyo derecho en Cataluña se estima en la tercera parte del valor de la finca.

§ 263. **Venta judicial.**—Por ella se devenga laudemio, pues no es enagenacion necesaria en cuanto deriva del acto de contraer la deuda que no se satisfizo expontáneamente.

§ 264. **Ventas de bienes nacionales.**—Segun el Art. 53 de la Instruccion de 1.° de Marzo de 1838, no devengan laudemio.

§ 265. **Venta condicional.**— Por ella no se debe laudemio hasta que se cumpla la condicion si fuere suspensiva, pues la enagenacion no se ha consumado. Si fuere resolutoria, podrá aplicarse lo dicho sobre la *carta de gracia.*

§ 266. **Venta de censo impuesto á la finca enfitéutica.**— Por esta venta debe pagarse laudemio.

§ 267. **Venta en la que el comprador «se encarga» de un censal.** — Se debe laudemio del precio en dinero que se entregue, y del capital del censal que forma parte del precio total.

§ 268. **Enagenacion de una finca enfitéutica sujeta á otros censos.**—No debe pagarse laudemio en cuanto al capital representado por tales censos.

§ 269. **Manifestacion de que la compra se hizo en nombre de otro.**—Dice Cancer (1) que si el comprador de la finca enfitéutica dentro del año de la adquisicion manifiesta que la compró por otro, no se deberá laudemio por el traspaso que se verifica en virtud de tal manifestacion, conocida con el nombre de *reconocimiento ó agnicion de buena fé.* Gibert (2) refiere lo dicho por Cancer, como de observancia indiscutible en Cataluña.

§ 270. **Permuta.**—En ella se devengará hoy el laudemio del dos por ciento, comun á todas las enagenaciones. Antes era de la cuarta parte de la estimacion de la cosa (3).

---

(1) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 11, N.° 68.
(2) Parte 3.ª *De los Laudemios.*
(3) Solsona, *Lucern. laude*, Prelud, 5.° N.° 14; 15 y 16, y Cell. 8

§ 271. Subestablecimientos hechos fuera de Barcelona.— A tenor de lo dicho en el § 246, el laudemio debe computarse sobre la capitalizacion del censo que se imponga, y sobre la entrada que se hubiese pactado.

§ 272. Entrega por transaccion. — En las transacciones debe pagarse laudemio siempre que se transfiera la cosa enfitéutica. Si la retuviere el poseedor, aunque se obligue á dar ó hacer algo en favor de aquel con quien celebra la transaccion, no se devenga laudemio, pues falta su razon, cual es la aprobacion del cambio de enfitéuta (1).

§ 273. Constitucion en dote estimada.—Adquisicion de la dote por el marido. — Cuando la finca enfitéutica se constituye en dote estimada *venditionis causa*, debe pagarse laudemio pues hay verdadera enagenacion; pero nó cuando se estima *tasationis* s. *restitutionis causa.* Cuando ya en virtud de pacto, ya de las disposiciones generales del derecho, como por adulterio de la esposa el marido lucre la dote inestimada, se deberá laudemio (2).

§ 274. Donacion vitalicia.—En la donacion hecha para durante la vida del donatario, segun Peguera, Cancer (3) y otros autores debe pagarse laudemio si el donatario vive largo tiempo. Indican algunas reglas, sumamente vagas, para determinar qué deberá entenderse por largo tiempo.

§ 275. Tenuta.—Por la tenuta, como no hay enagenacion, no se debe laudemio.

§ 276. Enagenacion nula.— En la enagenacion nula no se debe laudemio, pues el contrato se considera no celebrado. Pero si la nulidad se declara despues de mucho tiempo y se hubiere satisfecho el laudemio, no se podrá repetir (4).

§ 277. Entrega de un fideicomiso ántes del tiempo señalado por el testador.— Dice Gibert (5) que si el heredero gravado de restitucion la verifica durante su vida, se deberá laudemio, nó por

---

(1) Cancer, *Var. resol.* Part. 1.ª, Cap. 11, N.° 74.

(2) Vilaplana, *Ad Peguer.* Prelad. 5, Vers. 1, N.° 97.

(3) Peguera, super Const. *Item ne super laud,* Núm. 161.—Cancer, *Var. resol.*, Parte 1.ª, Cap. 11, Ns. 83 y 84.

(4) Peguera, super. Const. *Item ne super laud.*, Vers. 1, N.° 92, y prel 4, Ns. 9 y 10. Cap. 2.°, N.° 119; y especialmente Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 6.ª, Part. 5.ª, Ns. 129 y sigs.

(5) *Teorica artis notariæ*, Part. 3.ª, *De los laudemios.*

la herencia sino por la donacion que dicho acto encierra, atendiendo al tiempo que puede vivir el heredero que restituye, segun la computacion de la Ley *Computationi*, que es la 68 Digesto *Ad leg. Falcidi.* XXXV, 2.

§ 278. **Arrendamiento.**—Segun los tratadistas catalanes, se debe laudemio por el arrendamiento á largo plazo (1); pero no procede, á tenor de lo dicho en el §. 260.

§ 279. **Poblaciones en las cuales no se debe laudemio por las enagenaciones á título gratuito.**—Como se explica en el § 309, en Barcelona y su territorio no debe pagarse laudemio por las enagenaciones á título gratuito. En otras poblaciones sucede lo propio, en virtud de privilegios particulares. Así se declaró, respecto á la ciudad de Vich, en Real órden de 10 de Agosto de 1819, en vista de la Real Cédula de 26 de Marzo de 1768 y de otros antecedentes.—Por Real Orden de 4 de Enero de 1825 se confirmó el privilegio concedido por Don Pedro II á la ciudad de Gerona, exceptuando del pago de laudemio las enagenaciones puramente lucrativas (2).

§ 280. **Cuándo debe satisfacerse el laudemio.**—Como el dueño directo cobra el laudemio por el reconocimiento del nuevo enfitéuta, no se deberá hasta despues de la entrega de la finca (3). Antes de haberla realizado, las partes pueden disentir mútuamente, y por consiguiente extinguir el celebrado sin adeudar laudemio. El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de Noviembre de 1868, declaró que el laudemio se adeuda desde que se perfecciona el contrato de venta, sin que los derechos de los dóminos puedan ser menoscabados por los pactos particulares de los contrayentes acerca del modo y tiempo de realizar el pago del precio convenido.

Cancer (4), Gibert (5) y otros autores añaden que si se rescinde el contrato consumado ya, deberán pagarse dos laudemios, pues se han verificado dos enagenaciones.

Si desde la celebracion del contrato hubiere cambio del dueño directo, el laudemio deberá pagarse al que lo sea cuando se consuma

---

(1) Solsona., *Lucern. laud.*, Prel. 4, N.º 78.

(2) Vives refiere el raro privilegio concedido al estado llano del lugar de Suria, en cuya virtud sólo los nobles debian pagar laudemio en las enagenaciones á título gratuito.

(3) El dueño directo no puede obligar al enfitéuta enagenante á que verifique la entrega, pues sólo tiene derecho á que no se le dé un nuevo enfitéuta sin su consentimiento.—Peguera, lugar citado, Ver. 1, N. 98 —Solsona, *Eod.*, Cell. 9.ª, N.º 30.

(4) *Var. resol.* Part. 1.ª, Cap. 12, N. 22.

(5) Gibert, *Teorica artis notariæ*, Parte 3.ª, *De los laudemios.*

el contrato en virtud de la entrega de la cosa (1). Debe tenerse presente que la donacion *inter vivos*, siendo pura, transmite desde luego el dominio, y por consiguiente deberá atenderse al tiempo en que se otorgó, y nó al de la entrega de lo donado.

Si el que era dueño directo al tiempo de verificarse el traspaso de la finca no hubiere tenido noticia de él, y no hubiere reclamado el laudemio, deberá éste pagarse al dueño directo que con posterioridad hubiere descubierto la enagenacion y hubiere reclamado el laudemio. En estos casos el dueño directo actual debe firmar la escritura de traspaso, por lo cual en el obispado de Barcelona cobra un morabetin ó sean 9 libras barcelonesas, y en el de Gerona y otros lugares 13 libras y 4 dineros (2).

§ 281. **¿Debe pagarse al propietario ó al usufructuario?** —Sin disposicion alguna expresa sobre este punto, quizá siempre que se cobre censo por no haberse enagenado el derecho de percibirlo consideraríamos el laudemio como fruto extraordinario, y lo adjudicaríamos al que tenga la nuda propiedad. Pero en virtud de una práctica inconcusa, y de la doctrina uniforme de los tratadistas de Cataluña, se paga al usufructuario (3).

§ 282. **¿Quién debe satisfacer el laudemio?**—El laudemio se paga por el adquisidor. Así lo dispone el derecho romano (4) y se practica en Cataluña (5). Puede pactarse que lo satisfaga el enagenante, como muchas veces se verifica en los contratos á título oneroso (6), pues dice Solsona (7) que en Cataluña respecto al pago de los laudemios ante todo se debe atender á lo pactado, en falta de pacto expreso á la costumbre, y en su defecto al derecho escrito.

Veremos que en Barcelona sus huertos y viñedos el laudemio se paga por el enagenante.

§ 283. **¿Debe satisfacerse por el propietario ó por el usufructuario?**—Esto tenia grande importancia cuando el Tribunal Supremo no habia declarado inaplicable á las enfitéusis la Constitu-

---

(1) Cancer, *Eod.*, N. 79.—Gibert, *Eod.*

(2) Solsona, *Lucœrna laudem.*, Ns. 4 al 53.

(3) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus VII, Glos 3.ª, Part. 5.ª Ns. 40, 41 y 42; Id, *Decis.* 205, N. 2.—Cancer—Solsona, *Eod.* Prel, 5.—Gibert, Parte. 3.ª, *De los laudemios.*—Vives, Nota 4.ª del Tít. 30, Lib. IV, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(4) Ley 3.ª, Cod., *De jure emphit.*, IV., 66.

(5) Donde respecto á los feudos lo disponia la Constitucion 2.ª, Tít. 31, Lib. IV. Vol. 1.º, que el Tribunal Supremo no considera extensiva á los enfitéusis (§ 259).

(6) Comes, *Viridarium artis notariatus*, cita varias poblaciones donde existe esta costumbre.

(7) Con arreglo á la ley 34. Dig. *De div. reg. jur.*, L. 17.

cion 2.° del Tít. 31, Lib. IV, Vol. 1.° (§ 259). Pero como todavía puede ofrecerse algun caso en las donaciones, debe saberse que el propietario es quien paga el laudemio, por ser el verdadero enfitéuta; el usufructuario, percibiendo los frutos, sólo grava el derecho de aquel, por cuya razon debe pagar el cánon. Pero si hubiese costumbre en contrario, deberá observarse (1).

§ 284. **Prescripcion del laudemio.**— En virtud del Usatge *Omnes causæ*, el derecho de reclamar el laudemio prescribe á los 30 años de haberse podido exigir, es decir, de haberse tenido noticia de la enagenacion de la cosa enfitéutica (2).

La Constitucion 9.ª (3) del Tít. 2.° (*De Prescriptions*), Lib. VII, Vol. 1.° dispone que por el trascurso de 40 años prescriban los laudemios debidos al fisco, aunque de ellos no se haya tenido noticia alguna.

§ 285. **Efectos de la falta de pago del laudemio.** —Cuando la falta de pago del laudemio sea consecuencia de no haberse presentado la escritura de traspaso á la firma del dueño directo, habrá la consecuencia de esta omision, ó sea la de pagar doble laudemio (4), que sustituyó al comiso.

La simple falta de pago no produce efecto especial.

SECCION 3.ª

DERECHOS DEL DUEÑO DIRECTO.

§ 286. **Derechos de firmar los traspasos.**— El dueño directo ponia la firma en la misma escritura de otorgamiento de la enagenacion.

Actualmente la extiende al pié de la misma, sin cuyo requisito no podrá hacerse su inscripcion en el Registro de la Propiedad, por falta de una condicion de validez de la enagenacion, ya que el derecho de firma del dueño se desprende de la misma concesion de la enfitéusis.

Este derecho del dueño ha sido reconocido en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1872.

§ 287. **Del tanteo ó fadiga.**— Es el derecho que tiene el dueño directo de quedarse con la finca en los casos de venta, dando el mismo precio que el comprador.

---

(1) Fontanella, *Decis.* 205, N. 12.
(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 12, Ns. 10 y sigs.
(3) Felipe II, en las Córtes de Barcelona, año 1599, Cap. 42.
(4) Const, 3.ª del Tit. 31, Lib IV, Vol. 1.°

Lo establece la Ley 3.ª, Cod. *De jure emphite*, IV, 66, y lo reconoce expresamente la Constitucion 5.ª (1) del Tít. 31 (*Del dret emphiteotich.*, etc.) Lib. IV, Vol. 1.° de la Compilacion de Cataluña, que al regular el modo como deberán subestablecerse las fincas enfitéuticas fuera de Barcelona y de otras poblaciones dice que « *se hagan* in nuda perceptione, *es decir, que los enfitéutas no adquieran sobre la finca establecida el derecho de cobrar laudemio, pero sí el de firmar los traspasos para conservar sus derechos*, y el de fadiga para sí solamente (2).

§ 288. La fadiga no puede cederse. — En Barcelona, segun la *Sentencia arbitral* de que nos ocuparemos, y segun el Cap. 80 del *Recognoverunt proceres*, el dueño directo puede ceder el derecho de fadiga. Algunos tratadistas (3) extendian esta facultad á todo el territorio de Cataluña, si bien Fontanella (4) y Tos (5) exceptuaban el obispado de Gerona; pero no existe disposicion alguna que pueda aducirse en apoyo de tal extension, siendo completamente ociosa la cita de la Constitucion 2.ª del Tít. 31 (*Del dret emphiteotich*, etc.) Lib. IV, Vol. 1.° que hace un autor moderno (6).

§ 289. ¿Dentro de qué tiempo puede hacerse uso de la fadiga? — Modo de utilizarla. — Segun el derecho romano, dentro de dos meses, contados desde el dia en que se le hizo saber la enagenacion (7).

Pero en Cataluña, en virtud de costumbre inconcusa, fundada en la Constitucion 2.ª del Tít. *Del dret emphiteotich* etc., el dueño directo debe utilizarla dentro de 30 dias, contados desde que se le presenta la escritura de enagenacion para firmarla, pues sólo por medio de esta presentacion sabe si le quedan á salvo sus derechos dominicales, aprobando en consecuencia la enagenacion, ó, si le conviene, usando de la fadiga (8).

---

(1) Cárlos, en las Córtes de Barcelona, año 1520, Cap. 12.

(2) Tambien se fundaba en la Constitucion 2.ª del mismo Título *Del dret emphiteotich*, etc., que reservaba al señor del feudo el derecho de fadiga durante treinta dias. Pero el Tribunal Supremo ha declarado que esta Constitucion no puede extenderse á las enfitéusis (§ 259).

(3) Peguera, *Repet. in cap. Item ne super laude*, Vers. 6, N.° 32 (con ciertas limitaciones). — Solsona, *Lucerna laud.*, Quest. 3, N.° 20. — Socarrats, *In de cap. cautum*, N.° 53, donde cita varias decisiones del Senado. — Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 7.° — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 12, N.° 37. — Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 13, N.° 17.

(4) *Eod*, N.° 112.

(5) *Eod.*, N.° 18.

(6) D. Antonio Elías, *Derecho civil general y foral de España*, Nota al § 2506.

(7) Ley 3. Cod. *De jure emphit.*, IV, 66.

(8) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 12, N.° 34. — Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 11, N.° 58 y Part. 2, Cap. 1, N.° 304. — Peguera, Decis. *Ne super laud.*, Vers. 6, N.° 28. — Vilaplana, Ns. 94 y 155.

Ántes de verificarla, si no se ha realizado la tradicion pueden los contratantes apartarse del contrato, aun contra la voluntad del dueño directo, sin devengar laudemio (1).

La Ley de Enjuiciamiento civil, saliendo quizá de su terreno propio, ha introducido una variacion. Presentaremos el estado actual de la costumbre y legislacion en Cataluña, á tenor de los dos casos que pueden ocurrir:

1.er caso. El enfitéuta, cumpliendo con lo dispuesto en la Ley 3.ª, Cod. *De emphit.*, IV, 66, pone la enagenacion en conocimiento del dueño directo. Entonces si dentro de los 30 dias no pone su firma al pié de la escritura, ni manifiesta que se queda con la cosa, puede llevarse adelante la enagenacion, adeudándose laudemio. Si dentro de los 30 dias el dueño directo manifiesta que se queda con la cosa, ejercita un verdadero derecho de tanteo, en cuya virtud deberá entregar el precio y los gastos de escritura dentro de los 30 dias, sin que en caso de oposicion pueda purgar la tardanza (2).

2.° caso. El enfitéuta no participa la enagenacion consumada al dueño directo. No se aplica el cómputo del tiempo de que hablaban Fontanella, Cancer, etc; ya no es verdadero tanteo el derecho que utiliza el dueño, sino un retracto, para cuyo ejercicio la Ley de Enjuiciamiento civil exige (3) los requisitos siguientes:

1.° Que la demanda se interponga en juzgado competente dentro de nueve dias, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta. Si ésta se hubiere ocultado con malicia, aquel término no empezará á correr hasta el dia siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella. Si el dueño directo no reside en el pueblo donde se ha otorgado la escritura, tiene para deducir la demanda, además de los nueve dias, uno por cada diez leguas que de dicho pueblo distare el de su residencia.

2.° Que se consigne el precio si es conocido, ó si no lo tiene que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea.

3.° Que se acompañe alguna justificacion, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto.

4.° Que se contraiga el compromiso de no separar el dominio directo del útil durante seis años (4).

---

(1) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 11, N.° 58. — Gibert, *Teórica artis notariæ*, Parte 3.ª, *De los laudemios.*

(2) Comes, *Viridarium artis notariatus*, § 304.

(3) Arts. 674, 675 y 676.

(4) El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de Mayo de 1867, declaró que la Ley de *Enjuiciamiento civil* ha modificado esencialmente las recopiladas en cuanto al señalamiento del dia desde el cual corre el término del retracto. — Esta declaracion es perfectamente aplicable á Cataluña.

§ 290. ¿En qué contratos la fadiga tiene lugar? — Segun la ley 9, Cod. *De jure emphiteu.*, IV, 66, el dueño directo puede usar de la fadiga en las ventas que haga el dueño útil. Los autores de derecho catalan dicen que procede en todas las enagenaciones en las cuales pueda el dueño directo dar ó hacer, sin perjuicio del enfitéuta, aquello que debería dar ó hacer el adquirente; pero de la aplicacion de este principio resulta que sólo la tiene en el caso de venta y en el de subestablecimiento, desconocido de los romanos, pero que está conforme al principio atendido por Justiniano para conceder aquella facultad en el caso de venta, y á la conveniencia económica de consolidarse el dominio.

Efectivamente: los autores catalanes exceptúan la permuta, pues sin el trueque de las fincas sobre que recae desaparece el contrato. Exceptúan tambien los actos de division, reivindicacion y otros análogos, aunque Gibert (1) dice que procederá en las transacciones. Tos (2) lo niega, fundándose en que no deben interpretarse extensivamente las disposiciones sobre la fadiga (3), añadiendo Vives (4) que en la transaccion comunmente no se da un verdadero precio de la cosa, sino que se fija segun las dudas que ofrece la cuestion transigida, tomándose á veces en cuenta el valor de afeccion.

Respecto á los contratos innominados, los autores de Cataluña dicen que en su virtud sólo procederia la fadiga en el caso de darse la cosa por cierto precio, el cual se reduce al de venta.

La fadiga puede usarse en las ventas judiciales hechas mediante pública subasta para satisfacer deudas del enfitéuta (5).

§ 291. Casos en que cesa el derecho de usar de la fadiga. —Cesa el derecho de fadiga: 1.° Si la venta se hiciese bajo la condicion de aprobarse por el dueño directo, porque no tiene perfecta validez hasta el cumplimiento de esta condicion. Si el dueño directo la aprueba, no cabe la fadiga; y si no la aprueba, no tiene efecto la venta proyectada (6).

2.° Siempre que el dueño directo, ya expresa, ya tácitamente consintiere la venta; por ejemplo, si otorga gracia en todo ó parte del lau-

---

(1) *Teorica artis notariæ*, Parte 3.ª, *De tos laudemios.*

(2) *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 13, Ns. 9, 10 y 11.

(3) Efectivamente, en la Constitucion 2.ª del Tít. *Del dret emphit.*, que Tos y Vives citan, sólo hablan de ventas; y la afirmacion de que debe interpretarse restrictivamente contradice la extension que pretendia darse al derecho de fadiga.

(4) Nota 4.ª al Tit. 31, Lib. IV, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(5) Peguera, *Repet in Cap. Item ne super laude.*, Ver. 6, N.° 30.— Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 13, N.° 13.— Vives, Nota 4.ª, al Tit. 30, Lib. IV, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(6) Peguera, *Eod.* N.° 40.—Tos, *Eod.* Ns. 52 y 53.— Vives, *Eod.*

demio al que intente comprar la finca; ó cobrare del nuevo adquisidor censos vencidos con posterioridad á la venta, ó con anterioridad, cuando se exprese que son parte de su precio; ó hubiere intervenido en el ajuste del contrato, por ejemplo, concertándolo junto con el vendedor; ó se obligare de eviccion por éste (1).

3.° Si hubiere aprobado un contrato celebrado por el enfitéuta, en el cual éste se reservó la fadiga convencional ú otro derecho análogo. Tal sucede en las reventas que se hagan en virtud de carta de gracia (2), y cuando se subestableció la finca en censo de nuda percepcion, en cuyo caso el subestabiliente adquiere el derecho de fadiga (§ **246**).

4.° Si en un mismo contrato la cosa enfitéutica se ha vendido junto con otras por un solo precio (3). Si todas fueren enfitéuticas, podrán convenirse todos los respectivos dueños directos, y usar de la fadiga cada uno por su derecho; pero dando juntos el precio único convenido en la escritura de venta del enfitéuta (4).

5.° Cuando el dueño directo requiere al nuevo enfitéuta para cobrar, pues no puede haber un reconocimiento más explícito del nuevo enfitéuta, y por consiguiente del contrato por el cual adquirió este carácter.

§ 292. Del reconocimiento ó «cabrevacion.» — *Cabrevacion* es el reconocimiento que el enfitéuta hace de que la cosa que posee está sujeta al dominio directo de persona determinada.

La *cabrevacion* tiene lugar á instancia del dueño directo, el cual puede exigirla siempre que ofrezca pagar los gastos que ocasione (5).

Cuando se edificare una casa ó cualquiera fábrica en un solar enfitéutico, como lo edificado es accesorio del suelo formará parte del enfitéusis (6) y por consiguiente el dueño directo podrá exigir que el enfitéuta reconozca ó *cabreve* el dominio que sobre ambos se tiene.

§ 293. Modo de practicarse la «cabrevacion» cuando el enfitéuta accede á verificarla. — Cuando el enfitéuta se allana á la *cabrevacion* pedida por el dueño directo, tiene lugar por medio de una confesion hecha ante notario, es decir, en escritura pública (7).

Este reconocimiento constituye prueba de que la finca es enfitéu-

---

(1) Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 7, Ns, 459, 464 y 468 — Tos, *Eod.* Ns. 54 y 55.
(2) Peguera, *Eod.* N.° 42. — Tos, *Eod.* N.° 60
(3) Peguera, *Eod.* id. N.° 38. — Tos, id. id. N. 58.
(4) Cancer, *Var. resol.*, Cap. 11, N.° 57. — Tos, *Eod.* N.° 59. — Vives, *Eod.*
(5) Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 7, N. 135. — Tos. *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 4, N. 1.
(6) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 11 Ns. 93 y 94. — Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 7 Ns. 291 y sigs. — Tos. *Tratado de la Cabrevacion*, Cap., 4, N. 2.
(7) Tos. *Eod* N 6.

tica, pero el poseedor de la finca puede justificar luego que no está sujeta á enfitéusis (1).

§ 293. Modo de verificar la «cabrevacion» cuando el enfitéuta no la verifica en virtud del requirimiento privado del dueño (2). —Cuando el poseedor de la finca se niega á practicar la *cabrevacion*, el dueño directo deberá formular una demanda en juicio ordinario (3).

En su consecuencia el dueño directo podrá utilizar todas las pruebas pertinentes al caso, debiendo acreditar:

1.° Que la finca es enfitéutica. Al efecto presentará la escritura de establecimiento, ó la de *precario* que á su favor se hicieron otorgar los enfitéutas, y que en Cataluña se considera tan robusta como la de establecimiento (4), ó dos ó más escrituras de *reconocimiento* ó *cabrevacion*, contra las cuales el poseedor no haya ministrado prueba en contra (5). En cuanto á si basta una sola escritura de reconocimiento, no están de acuerdo los autores.

2.° Que el actor es realmente el dueño directo; presentando al efecto los títulos de sucesion en virtud de los cuales tenga aquel carácter.

3.° Que el demandado posee la finca de que se trata.

4.° Que esta finca es la misma de que hablan las escrituras presentadas para acreditar el primer extremo; aunque de esta prueba se puede prescindir cuando no puede haber duda sobre la identidad de la finca (6).

El dueño directo, en la demanda de *cabrevacion*, á más de pedir que el enfitéuta sea condenado á confesar y cabrevar el dominio directo á favor del actor, puede reclamar: 1.° Las pensiones vencidas y que vencieren durante el pleito.—2.° Los laudemios devengados y no satisfechos.—Y 3.° Que en vez de practicar los anteriores extremos, dimita, si quiere, la posesion de la finca con los frutos percibidos y podidos percibir. Podia, tambien, reclamar la *amortizacion* si el poseedor de la finca era una mano muerta.

---

(1) Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 13, Ns. 134 á 143.—Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 4, Ns. 4 y 5.

(2) Para saber cómo se sustanciaba la cabrevacion y ante quiénes, puede verse la obra de Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 4, y las de los autores que cita, y la de Coll. *Praxis forensis*, Tit. 13

(3) *Todas las contiendas entre partes en reclamacion de un derecho que no tenga señalado en esta Ley tramitacion especial, serán ventiladas en juicio ordinario.* Art. 221 de Ley de Enjuiciamiento civil.

(4) Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 7, N. 369.—Solsona, *Styl Capibre* fol. 48, N. 4. —Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 4, Ns. 11 y 12.

(5) Ripoll, *Eod.*, Ns. 1 y 81.—Tos, *Eod.*, N. 13 —Véase el último apartado del párrafo anterior.

(6) Tos, *Eod.*, Cap. 2.° Ns. 15 á 20.

El demandado podrá pedir que se cite de eviccion al que le vendió la finca, ocultándole la cualidad de ser enfitéutica. Hoy que los pleitos de *cabrevacion* deben seguirse ante los Tribunales ordinarios, no puede esto ofrecer duda; ántes la habia por la jurisdiccion especial que ejercia el Juez enfiteuticario (1).

Tambien podrá formular reconvencion.

SECCION 4.ª

DIMISION DE LA FINCA.

§ 294. **Fundamento legal de la facultad que tiene el enfitéuta de dimitir la finca.**— El Cap. 66 del *Recognoverunt proceres*, dispone « *Que cualquier enfitéuta pueda dimitir la cosa enfitéutica, con tal que pague el censo que está obligado á dar por el tiempo pasado, y que restituya el instrumento* (2), *procurándose un documento de absolucion; quedando á salvo el derecho del dueño directo por la deterioracion de la cosa* (3).

Esta facultad, limitada á las enfitéusis de Barcelona y demás puntos donde se aplicó el *Recognoverunt proceres*, se consideró extendida á toda Cataluña en virtud del Cap. 7.° de la Sentencia arbitral dada por Fernando II en Guadalupe á 21 de abril de 1486 y que constituye la Ley 2.ª del Tít. 13 (*De homes propis é de remensa*) del Lib. IV, Vol. 2.°, que concedió á *los labradores de Remensa la facultad de renunciar, dejar y desampurar los mansos y casas, con las propiedades, tierras, honores y posesiones cuando quisieren, pagando empero todo lo que debieran á sus señores hasta el dia en que marchen, en cuyo caso el dominio útil se consolidará con el directo que tienen los señores.*

Sea cual fuere el valor que las leyes feudales tengan respecto á las enfitéusis (§ 259), es lo cierto que la práctica constante de Cataluña, reconocida y sostenida por todos los autores (4), forma una costumbre legal innegable.

§ 295. **Caso en que un enfitéuta no puede dimitir la finca.** — No podrá renunciar el que por compra adquirió el derecho enfitéutico sobre la finca sabiendo su calidad, pues se impuso la obligacion

(1) Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 2.°, Ns. 31 á 36.

(2) Hoy no tiene esta prevencion: carece de objeto, pues ambas partes tienen ó pueden tener copia de la escritura.

(3) Lo mismo dispone el Cap. 66 de la rúbrica *De jure emphit.*, de las Costumbres escritas de la Diócesis de Gerona.

(4) Monjuich, Coment. al Usatge *Bonorum Usaticum.*—Marquilles, Coment. al mismo Usatge (fol 206). — Socarrats, In *Tract Petri Albert*, Ns. 16 y 69. — Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 7, N.° 22.—Tristany, Decis. 94, N.° 24. —Fontanella, *De pactis nup*, Clausula IV, Glos. 18, Part. 1.ª, Ns. 122 y 125. — Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 9, N.° 2.— Vives, Nota 4.ª, Tit. 30, Lib. IV, Vol. 1.° y Nota 73 del *Recognoverunt*.

de pagar el cánon: así lo sostiene Fontanella (1). Sin embargo, opinamos que cuando hubieren sobrevenido circunstancias especiales que reduzcan la finca á condicion muy inferior, el dueño directo habrá de aceptar la dimision.

§ 296. **Debe ofrecerse la finca libre de gravámenes.** — Los autores (2) decian que al volver la finca al dueño directo en virtud de la renuncia del enfitéuta, quedaba libre de los gravámenes que se le hubieren impuesto, lo cual es incompatible con los principios y disposiciones de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, para que el dueño directo esté hoy obligado á aceptar la dimision de la finca, debe ofrecérsele libre de gravámenes impuestos por el dimitente, ó por los enfitéutas anteriores; de lo contrario podrá rehusarlo.

§ 297. **No puede rehusarse la aceptacion de la renuncia por menoscabos de la cosa.** — El dueño directo no puede resistirse á aceptar la dimision, fundándose en los deterioros de la cosa enfitéutica, quedándole á salvo el derecho para reclamar en juicio ordinario la competente indemnizacion (3).

Es lógico que el enfitéuta dimitente no pueda pedir abono de mejoras (4).

§ 298. **Caso en que el enfitéuta dimitente no debia satisfacer las pensiones atrasadas.** — Decian los autores (5) que si con buená fé se hubiere poseido como libre una finca enfitéutica durante treinta ó más años, y se reclamaren las pensiones y los laudemios correspondientes á los últimos treinta, podia dimitirse sin satisfacer los cánones correspondientes á los años en que se poseyó de buena fé.

Actualmente el enfitéuta no usará de esta facultad, sino que opondrá á la demanda del dueño directo la excepcion resultante de haber prescrito la accion, pues veremos que, segun el Tribunal Supremo, esto tiene lugar á los 30 años de no haber reclamado las pensiones.

§ 299. **¿Qué deberá hacer el enfitéuta cuando el dueño directo rehusa aceptar la dimision de la finca?** — En la obra de Tos se lee: «Denegándose el señor directo á admitir la dimision, » debe el poseedor otorgar por sí solo la escritura de la renuncia, y no-

---

(1) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 1.ª, N.º 127.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Adicion 36 al Tomo 1.º; *Decis.* 474. N.º 10. — Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 1.º, N.º 134.— Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 19, Núm. 5.

(3) Xammar. *Res judic.*, Defin. 40. N.º 22. — Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 9, N.º 11.—Véanse en el § 294 las últimas palabras del Cap. 66 del *Recognoverunt proceres.*

(4) Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 9, N.º 7.

(5) Cancer, *Var. resol.*, Part 3.ª, Cap. 1 º, N.º 179. — Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 9, N.º 12.

»tificársela legítimamente para que nunca pueda de ella alegar igno- »rancia, sin que deje de tener su debida eficacia por el defecto de su »aceptacion; porque no puede resistir á ella, como queda expre- »sado.»

La notificacion al dueño directo deberá hacerse por requirimiento notarial, ó por medio de un acto de conciliacion.

Mediante la presentacion de copia de la escritura de dimision y de la del requirimiento ó certificacion del acto conciliatorio, se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

SECCION 5.ª

DE LA AMORTIZACION.

§ 300. **¿Qué es amortizacion?** — *Amortizacion* era (1) el aumento de la pension ó censo cuando una mano muerta adquiria la cosa enfitéutica. Servia de compensacion á los laudemios que el dueño directo hubiera percibido en lo sucesivo, si la cosa hubiere continuado en manos capaces de enagenar.

Para computar el importe de dicho aumento se suponia que las fincas de poco valor se enagenaban cada 30 años y las de gran valor cada 40, sin que hubiese regla fija para determinar si una finca era de corto ó de gran valor (2).

Pueden verse las tablas de amortizacion en las obras de Comes (3), Tos (4) y Vives (5).

§ 301. **El dueño directo podia optar entre la «amortizacion» ó la enagenacion á persona hábil.** — Segun la Constitucion 2.ª *Del dret emphiteotich*, etc., cuando el vasallo por un acto entre vivos ó de última voluntad enagenare el feudo, ó lo legare á alguna iglesia, casa religiosa, capilla ó colegio, ó bien destinare el feudo para su alma, ó de otra manera el vasallo hubiere dispuesto del feudo á favor de *persona no hábil* (6), dicho feudo dentro de un año debia ser enagenado á persona hábil, con la sola reserva del laudemio al señor del feudo.

---

(1) Como en virtud del Concordato la Iglesia no puede retener los bienes que adquiera, no podrá darse el caso de la *amortizacion* más que en alguna corporacion ó fundacion que por su carácter laico se haya declarado subsistente.

(2) Vives, T. 2, Pág. 168.—Solsona, *Styl. Capribre.* fol. 84, N.º 1.

(3) *Viridarium artis notariatus.*

(4) *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 7.

(5) Apéndice al Tomo 4.º

(6) El fisco era tambien *persona no hábil* para los efectos de esta ley y de la costumbre de la *amortizacion*. — Fontanella, *Decis.* 474, Ns. 7 y 8. — Cortiada, *Decision* 284, N.º 6.

Si el derecho feudal de Cataluña al permitir la adquisicion de una finca feudal por una mano muerta, no hubiese impuesto la obligacion de enagenarla á una persona hábil, los señores habrian perdido el derecho importantísimo de cobrar laudemios.

Por concurrir esta razon en la enfitéusis, y por lo dicho en el § 459, la práctica le hizo extensiva la referida disposicion (1).

Pero muchas veces el dueño directo permitia á la *mano muerta* que retuviese la cosa enfitéutica mediante un aumento en la pension anual, de modo que cada cierto número de años equivaliese al laudemio que se habria devengado por los traspasos que probablemente hubieran tenido lugar, lo cual recibia el nombre de *amortizacion.* Este aumento de la pension cesaba cuando la cosa enfitéutica volvia á una *mano hábil.*

El Real Patrimonio habia admitido expresamente la amortizacion (2), lo cual indica cuán generalmente se practicaba.

Habia algunos casos en que no podia obligarse á la enagenacion, y por consiguiente debia verificarse precisamente la amortizacion (3). En otros ni procedia la enagenacion ni lo amortizacion (4).

§ 302 La amortizacion no dispensaba del pago del laudemio por la adquisicion de la finca.— Aunque se amortizase, la mano muerta debia pagar laudemio al dueño directo en virtud de la adquisicion de la finca (5).

SECCION 6.ª

DE LAS ENFITÉUSIS LLAMADAS «REVESEJATS.»

§ 303. ¿Cuáles son?—Llámase bárbaramente *revesejat* (6) el establecimiento que el dueño de una finca libre hace á otra persona, concediéndole el dominio directo y reservándose el útil con la obligacion de pagar el cánon ó censo, etc.

Galí (7) presenta la redaccion de una antigua escritura de constitucion de estas enfitéusis.

---

(1) Si quisiese conocerse este punto con más amplitud, pueden verse las obras de Comes, Tos, Gibert y Vives. Este autor acertadamente concilia las opiniones de Cancer y Fontanella sobre el tiempo dentro del cual debe hacerse la enagenacion á persona hábil, y cuando el dueño directo puede exigirla judicialmente.

(2) Vives, T. 2, Págs. 168 y 169 de la 1.ª edicion.

(3) Véase en la obra de Tos (*Tratado de la Cabrevacion*), Cap. 7. Ns. 22 á 27, con las citas que en ella se hacen.

(4) Véanse las obras de Tos (*Eod.* Ns. 16 á 21), y Gibert, *Teoria del arte de notaria*, Tratado de los laudemios, con sus respectivas citas.

(5) Fontanella. *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 12, N.º 23; *Decis.* 279, N.º 22. —Cortiada, *Decis.* 284, N.º 47.— Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 7, N.º 15.

(6) Palabra que significa *hechos al revés.*

(7) *Opera Artis Notariæ*, pág. 643.

SECCION 7.ª

REGLAS ESPECIALES PARA LAS ENFITÉUSIS DE BARCELONA Y SU HUERTO Y VIÑEDO.

§ 304. **Legislacion enfitéutica de Barcelona.**—El *Recognoverunt proceres* contiene algunas disposiciones especiales respecto á las enfitéusis de fincas sitas en Barcelona: hemos citado algunas, y las explicaremos todas ámpliamente. Pero la fuente más notable de la existencia peculiar de las enfitéusis de dicha ciudad y del territorio vecino, es la *Sentencia arbitral* proferida por el rey D. Jaime II y el Obispo de Valencia, en Barcelona el dia 31 de Octubre de 1310, á cuya continuacion existen 26 reglas que por tener fuerza legal deben observarse puntualmente (1).

El preámbulo de dicha sentencia arbitral explica los motivos por que se profirió. Dice así:

(2) *Cum inter venerabilem Episcopum et Capitulum Ecclesiæ Barchinonæ, et reliquas personas ecclesiasticas habentes censualia, seu possessiones, in civitate Barchinonæ et ejus suburbiis, ac in ortis et vineto ejusdem ex una parte, et universitatem venerabilium civium Barchinonæ ex altera, instiganti humani generis inimico qui a principio suæ ruinæ conatur rescendire unita-*

---

(1) Esta sentencia, y las 26 reglas que le subsiguen, forman parte del Tít. 12 (*Del dret emphiteotich; luismes y forescapis*) del Lib. IV, Vol. 2.º de la *Compilacion de Cataluña.*

(2) Habiéndose suscitado (á instigacion del enemigo del género humano, que desde su caida trata de romper la armonía, de atentar de mil modos á la caridad, é inficionar las obras de los santos con la hiel de la envidia, y arruinar y perturbar de mil modos el género humano) una grave y peligrosa discordia, agitada durante mucho tiempo entre el Obispo, cabildo y demás personas eclesiásticas de Barcelona que tienen censos, ó sean posesiones en la ciudad de Barcelona y sus arrabales, huertas y viñedo de una parte, y de otra la venerable Universidad (municipio) de Barcelona, sobre la cantidad de los laudemios procedentes y que deben proceder de las ventas y otras enagenaciones de bienes y censos ó posesiones, que pertenezcan á la Iglesia ó á dichas personas eclesiásticas en la referida ciudad y sus arrabales, huertas y viñedo expresados, asegurando las referidas personas eclesiásticas debérseles la tercera parte de todo el precio de dichas ventas ó enagenaciones, cuando el enfitéuta inmediato vendia ó enagenaba, y la cuarta parte de dicha tercera parte siendo inferior ó mediano el que vendia, segun una costumbre observada de tal fecha que en contra no existia memoria humana, lo cual negaban los vecinos de Barcelona, asegurando no estar obligados á más de la décima parte de dicho precio segun el privilegio ó estatuto del Sr. Rey D. Pedro de feliz recordacion: por tanto, en virtud de órden del pacífico Rey, las mentadas partes deseando tener paz entre sí, que es el vínculo de la caridad, y de evitar los gastos de un litigio, á exhortacion del reverendo prelado Pedro, por la misericordia divina Obispo Prenestino, que á este fin las ha exhortado con conocimiento del Sumo Pontífice, se comprometieron sin discrepancia en lo siguiente.....

tem, atque charitatem multipliciter vulnerare, et sanctorum operum dulcedinem invidiæ fellæ inficere et turbare, grave et periculosa esset discordia suscitata, et diutius agitata super quantitate laudemii, proveniente et provenire debentis de venditionibus et aliis alienationibus honorum et censualium, seu possessionum qui et quæ tenentur ab Ecclessia seu prædictis ecclesiasticis personis in prædicta civitate et eius suburbiis, et in ortis, et vineto prædictis, præfatis personis ecclesiasticis asserentibus, tertiam partem totius pretii prædictorum venditionum, seu alienationum, ubi emphiteota immediatus vendebat seu alienabat, vero inferior, seu mediatus, quartam partem, prædictæ tertiæ partis sibi deberi pro laudemio, ex consuetudine tanto tempore observata, quod in contrarium hominum memoria non extabat, prædictis civibus hæc negantibus et asserentibus se non tenere dari, nisi decimam partem prædicti prætii, justa privilegium, seu statutum dignæ recordationis domini Regis Petri: tandem Rege pacifico ordinante, prædictæ partes cupientes inter se habere pacem, quæ est vinculum charitatis, et littium dispendia evitare, ad exortationem Reverendi domini patris Petri miseratione divina Episcopi Prenestini, ad hoc easdem partes de consciencia Summi Pontificis exortantis compromiserunt concorditer, sub hac forma.....

§ 305. Límites de las huertas y del viñedo de Barcelona. —La Sentencia Arbitral declara que las huertas y el viñedo de Barcelona se extienden *hasta donde llegan los límites de las parroquias de dicha ciudad y sus arrabales, y las parroquias de San Martin de Provensals, Sarriá y Sans* (1), *y nó mas allá.*

La razon de que esto hiciese una decision referente á los laudemios que se pagaban por vecinos de Barcelona á otros vecinos de Barcelona, la encontramos en la imposibilidad de que todas las propiedades establecidas por los segundos á los primeros estuviesen en el término de la ciudad, ni áun de sus arrabales; y el Rey y el Obispo de Valencia, con el fin de zanjar las cuestiones habidas, designaron prudencial y equitativamente los términos de las parroquias, ó sean villas, que formaban las huertas y el viñedo de Barcelona.

Para evitar cualquier duda ulterior, la sentencia añade: *En cuanto á los demás huertos y viñedos no comprendidos en los límites de las referidas parroquias, se deberá el laudemio por las ventas y enagenaciones, segun es costumbre, sin que á ello obste esta nuestra sentencia ó declaracion.*

§ 306. La sentencia arbitral se refiere únicamente á los enfitéutas ciudadanos de Barcelona, y se aplica á los que viven en las huertas y en el viñedo. —En cuanto á las personas á quienes la

---

(1) En cuanto al territorio que comprendian estas tres antiguas parroquias, no es posible fijar sus límites sin conocer cada una de las cuestiones que sobre ello se han suscitado.

sentencia favoreció, dice: *En la presente sentencia ó declaracion no entendemos comprendidos los habitantes del campo* (dice *rústicos*) *y los demás que no son vecinos de dicha ciudad (Barcelona) y tienen posesiones en los referidos huertos y viñedos; ántes bien los excluimos y exceptuamos, declarando que dichos rústicos y los demás que no son vecinos de dicha ciudad y tienen posesiones en los referidos huertos y viñedos, paguen el laudemio segun ha sido costumbre* (1).

No obstante, en virtud de costumbre inconcusa son equiparados á los vecinos de Barcelona, para el computo del laudemio, todos los que viven en las huertas y en el viñedo de esta ciudad (2).

§ 307. **Enfitéusis láicas y eclesiásticas.**—Del contenido de dicha Sentencia Arbitral se desprende que en Barcelona y su territorio unas son las reglas para las enfitéusis láicas y otras para las eclesiásticas. Las reglas que subsiguen á la sentencia precisan tales diferencias.

Enfitéusis láica es aquella cuyo primer dueño directo ó estabiliente fué un lego. No obsta que la estableciese la Iglesia ó un establecimiento pío, si lo hizo representando á un lego.

Enfitéusis eclesiástica es aquella cuyo estabiliente fué la Iglesia ó un establecimiento piadoso.

No cambia la consideracion de la enfitéusis porque un lego suceda á la Iglesia, ó ésta á aquel en el dominio directo (3).

§ 308. **Pueden subestablecerse las fincas enfitéuticas sitas en Barcelona y su territorio.**—Segun el contenido de dicha Sentencia Arbitral y las reglas que están á su continuacion, en las fincas situadas en Barcelona ó sus arrabales, huertas y viñedos los enfitéutas pueden subestablecer la finca, es decir, concederla á otro en enfitéusis y así sucesivamente, de modo que á más del dueño directo resulten tres intermedios que se llaman *dueños medianos*, pero no más.

§ 309. **En Barcelona y su territorio no se paga laudemio por las enagenaciones á título gratuito.**—La Sentencia Arbitral y las reglas que le subsiguen, sólo hablan de venta y otras enagenaciones, y por consiguiente excluyen las trasmisiones hechas á título gratuito.

El capítulo 1.° del *Recognoverunt proceres* elevó á Ley la costumbre antigua de que *cualquiera pudiese dar ó legar en testamento, ó por donacion*

---

(1) En el § 11 se dice quiénes son y se consideran vecinos de Barcelona.

(2) Xammar, *De Priv.*, § 24 — Solsona, *Lucern, laud.* Cell. 3.ª, N.° 10. —Gibert, *Theorica artis notariæ*, Tratado de los laudemios.

(3) Solsona, *Lucerna laudc.*, Cell. 1, Ns. 7 y sigs.—Gibert, *Theórica artis notariæ.* De los laudemios.

entre vivos, ó de cualquiera otro modo que quisiere las cosas que tuviere por otro en enfitéusis, sin firma y consentimiento del señor, y por consiguiente sin devengar laudemio.

El capítulo 12 declarará lo mismo respecto de la entrega en dote á la hija.

§ 310. Laudemio que en las enfitéusis láicas debe pagarse en las enagenaciones á título oneroso.—Segun las reglas 8, 9 y 20 de las continuadas á la Sentencia Arbitral, en las enagenaciones á título oneroso de una finca cuyo dueño directo es láico, debe satistisfacerse un laudemio de la décima parte del precio, ó sea el diez por ciento (1).

Pretendieron algunos que debia aplicarse el Art. 7.° de la Ley de 3 de Mayo de 1823, restablecida en 2 de Febrero de 1837 y en su virtud que dicho laudemio debia reducirse al 2 por 100; pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de Noviembre de 1868, ha declarado que el referido Art. 7.° se refiere únicamente á las enfitéusis de señorío que hayan de subsistir en virtud de declaracion judicial, y que en las puramente alodiales se pagará con arreglo á los contratos existentes, y por consiguiente, en su defecto, á tenor de la legislacion vigente; y que en Barcelona existe la costumbre inconcusa de regularse á razon del diez por ciento el laudemio correspondiente á los dueños directos en las enagenaciones de las fincas sitas en Barcelona y su territorio denominado *huerto* y *viñedo* de conformidad con lo prescrito en la Sentencia Arbitral de 31 de Octubre de 1310, lo cual no está contrariado por la doctrina y jurisprudencia de los tribunales.

En 15 de Febrero de 1877 ha declarado que la Ley de 23 de Mayo de 1823, aclaratoria de la de 6 de Agosto de 1811, en su Art. 7.° fija el tanto por ciento que debe pagarse en las enagenaciones de fincas que, hallándose sitas en territorio en el que los señores hubieren ejercido jurisdiccion, debieran conservar, sin embargo, el señorío territorial y solariego, segun lo dispuesto en dicha ley; que el carácter general de ésta se refiere á dichos casos, expresando que los *comunes se regirán por las leyes del Reino;* que la legislacion aplicable á la ciudad de Barcelona y su perímetro respecto al pago del laudemio, cuando no se determina en los contratos el tanto por ciento que debe pagarse por la enagenacion de las fincas comprendidas en aquel territorio, es la Constitucion 1.ª (la Sentencia Arbitral y las reglas subsiguientes) del Tit. 12, Lib. IV, Vol. 2.°, el Estatuto del Rey D. Pedro y la Pragmática del Rey D. Alfonso de 1286, que fijan el 10 por 100.

§ 311. Laudemio que debe satisfacerse por los subesta-

(1) Se decia, y aun se dice vulgarmente, 2 sueldos por libra.

blecimientos en las enfitéusis láicas.—Cuando el enfitéuta establece su derecho enfitéutico, si la enfitéusis es láica deberá satisfacerse por laudemio la décima parte de la entrada (1).

§ 312. **No debe satisfacerse laudemio por la dacion de la finca á censo en nuda percepcion.**—Cuando por existir ya tres dueños medianos la finca enfitéutica no puede ya establecerse sino darse á censo en nuda percepcion, como que en este caso comunmente no hay entrada no pueden aplicarse las reglas de dicha Sentencia Arbitral, que no impone la obligacion de pagar laudemio por dicho traspaso con imposicion de censo á nuda percepcion. Si alguna duda pudiese ofrecerse, la desvaneceria completamente la disposicion final de la Constitucion 5.ª del Tit. 31, Lib. IV, Vol. 1.º (2). Esta Constitucion, hecha en las Córtes celebradas por el emperador Cárlos en Barcelona en el año 1520, y por consiguiente 210 años despues del pronunciamiento de la Sentencia Arbitral y posterior á la publicacion de la primera compilacion donde se insertan las reglas que subsiguen á la sentencia, manda que por las imposiciones de censo á nuda percepcion hechas *fuera de Barcelona y su territorio, y de otras ciudades y villas*, etc., se pague laudemio por la estimacion ó valor del censo; y concluye con las siguientes palabras: *e en la present constitutió e ordinatió no son compresas las propietats e honors en la ciutat de Barcelona e son territori situadas, ne altras situadas en altras ciutats, vilas o locs, hon per privilegi, pacte o altre dret es altrament disposat* (3) (4).

---

(1) La regla 26 de las continuadas al pié de la Sentencia Arbitral habla únicamente del *diezmo*, sin decir de qué cantidad; pero se refiere á los casos análogos de las reglas que le preceden, y á lo que al fin de la misma Sentencia Arbitral se expresa respecto al cómputo del laudemio por los establecimientos de enfitéusis eclesiásticas.

Vives (Tom. 2.º, Pág. 178) indaga el motivo á que debieron atender los autores de la Sentencia Arbitral para declarar que el laudemio se computase sobre el importe de la entrada y nó sobre el capital del censo ó cánon que el enfitéuta crea, y dice que en los subestablecimientos sólo hay enagenacion del dominio útil en cuanto á la entrada que se recibe, nó en cuanto á la parte del precio que en vez de entregarse al subestabiliente, se convierte en capital de un censo que se crea, y que es la esencia del subestablecimiento, como siempre lo es el cánon en la enfitéusis. Añade Vives que pudo haber la intencion de fomentar los subestablecimientos de las fincas urbanas de Barcelona, pues las casas se arruinan y los subestablecimientos sirven para realizar las obras de conservacion ó reedificacion que el subestabiliente no puede ejecutar, por cuya razon en casi todos los subestablecimientos se pactaba que deberia invertirse una cantidad de consideracion en mejorar la finca.

(2) § 246.

(3) *En esta Constitucion y Ordenamiento no van comprendidas las propiedades y honores situados en la ciudad de Barcelona y su territorio, ni en las ciudades, villas ó lugares donde por privilegio, pacto ú otro derecho se previene de distinto modo.*

(4) No obstante de razones tan poderosas y de palabras tan concluyentes, el Sr. D. Felix M.ª Falguera en una nota al Tratado de los Laudemios, escrito por los

§ 313. Laudemio que percibirá el dueño directo láico cuando hubiere dueños medianos.— Percibirá la cuarta parte de la décima parte, es decir, la cuarta parte del laudemio total, ó sea el dos y medio por 100 del precio cuando se trate de una enagenacion, ó de la entrada cuando de un subestablecimiento. Es decir, que de los dos sueldos por libra que forman el laudemio total, el dueño directo percibirá 6 dineros, como expresa la regla 26 de las continuadas á la Sentencia Arbitral (1).

§ 314. Laudemio que percibirán los dueños medianos. — Si sólo hay un dueño mediano, es óbvio que percibirá las tres cuartas partes del décimo que no percibe el dueño directo; ó sea el siete y medio por ciento (2).

Si hay dos dueños medianos, el primero, ó sea el inmediato al directo, percibirá otra cuarta parte del laudemio total, ó sea un tercio de lo que reste despues de haber cobrado su parte el dueño directo (3); y el segundo mediano percibirá el resto, es decir, dos cuartas partes del laudemio total (4).

Si hay tres dueños medianos, se dividen igualmente entre ellos las tres cuartas partes del laudemio que restan de la cuarta parte cobrada por el dueño directo (5), (6).

Para mayor claridad se presentan los siguientes cuadros, conformes á los de Vives, hechos en vista de los de Gibert y Comes.

---

profesores de notaría de Barcelona sobre el de Gibert, continuado en la *Teórica del arte de notaria*, acepta la afirmacion de este autor, segun el cual debe aplicarse á Barcelona la Constitucion 5.ª Pero como el señor Falguera no expone las razones en qué se funda y sólo trata de establecer un dualismo entre la interpretacion hecha por los notarios y la realizada por los jurisconsultos, deprimiendo á la segunda, ni podemos refutar su aserto, ni ménos alterar lo dicho en el texto.

(1) Son contradictorias algunas de las reglas continuadas á la Sentencia Arbitral; pero la 26 ha prevalecido sin contradiccion alguna.

Gibert, en su *Teórica del arte de notaría*, presenta unas tablas de la division de los laudemios, así cuando los dueños son laicos como eclesiasticos, que han sido admitidas, y sirven de norma en la práctica. Vives las continúa en su obra (Apéndice al Tom. 4.º). A ellas nos referirémos.

(2) Es decir, que de los 2 sueldos por libra que forman el laudemio total, sobrará 1 sueldo y 6 dineros.

(3) Es decir, 6 dineros.

(4) O sean 1 sueldo y 6 dineros.

(5) De modo que cada uno percibe 6 dineros.

(6) La regla 26, última de las continuadas á la Sentencia Arbitral, dice «*Laudemium dicitur apud aliquos, ita fore dividendum hoc est, quod de decem solidis habet dominus superior quartum, scilicet duos solidos sex denarios, et secundus dominus post eum, quartum de residuo, et sic de singulis usque ad infimum dominum, cui est residuum totius laudemii.* Las palabras *quartum de residuo*, segun la constante interpretacion usual y doctrinal, no significan la cuarta parte de lo que resta despues de haber cobrado su parte el dueño directo, sino una cuarta parte de las tres cuartas partes que entónces restan.

Division de los laudemios de las enfitéusis láicas, contando por la antigua moneda catalana.

Cada sueldo tenia 12 dineros.
El laudemio total era de 2 sueldos por libra.

Dueño directo; 1/4 del laudemio.	6 dineros.	2 sueldos; laudemio completo.
Un dueño mediano; 3/4 del laudemio. .	1 sueldo'6 »	
Dueño directo; 1/4 del laudemio.	6 dineros.	Id.; id.
1.r dueño mediano; 1/4 del laudemio. .	6 »	
2.º dueño mediano; 2/4 del laudemio. .	1 sueldo »	
Dueño directo; 1/4 del laudemio.	6 dineros.	Id.; id.
1.r dueño mediano; 1/4 de id.	6 »	
2.º id. id.; 1/4 de id.	6 »	
3.º id. id.; 1/4 de id.	6 »	

Division de los laudemios de enfitéusis laicas, contando por la moneda legal, ó sea por pesetas.

Laudemio completo, 1 peseta por cada 10 del precio en las ventas y de la entrada en los establecimientos.

Dueño directo; 1/4 del laudemio.	0'25 pesetas.	1 peseta, laudemio total.
Un dueño mediano; 3/4 del laudemio. .	0'75 »	
Dueño directo; 1/4 del laudemio.	0'25 pesetas.	Id.; id.
1.r dueño mediano, 1/4 del laudemio. .	0'25 »	
2.º id. id.; 2/4 del id. . .	0'50 »	
Dueño directo; 1/4 del laudemio.	0'25 »	Id.; id.
1.r dueño mediano; 1/4 del laudemio. .	0'25 pesetas.	
2.º id. id.; 1/4 del id. . .	0'25 »	
3.º id. id.; 1/4 del id. . .	0'25 »	

§ 315. **Laudemio en enagenaciones de las enfitéusis eclesiásticas.**—Como manifiesta el preámbulo de la Sentencia Arbitral, su objeto especial fué el fijar el laudemio debido en Barcelona y su territorio en las enfitéusis eclesiásticas.

§ 316. **Distincion hecha en la «Sentencia».**—Respecto á la cantidad que por laudemio deba pagarse en las enfitéusis eclesiásticas, la Sentencia Arbitral distingue las fincas sitas en la ciudad de Barcelona ó sus arrabales de las situadas en su huerta y viñedo, y las ventas de los subestablecimientos.

§ 317. **Laudemio que se debe por razon de las enagenaciones (1) cuando la finca está sita en Barcelona, ó sus arrabales «á ella inmediatamente contiguos», y que hoy forman**

(1) Véase el § 260.

parte de la ciudad.—Dicha Sentencia lo fija en la 7.ª parte del precio y lo percibirá íntegro el dueño directo, si no hay dueños medianos.

§ 318. Laudemio que debe pagarse en las enagenaciones, si la finca está situada en las huertas ó en el viñedo de Barcelona.— La Sentencia lo fija en la quinta parte de todo el precio, que percibirá íntegro el dueño directo, si no hay medianos.

§ 319. Division de estos laudemios cuando hay algun dueño mediano.—Segun la misma Sentencia Arbitral, cuando en una enfitéusis eclesiástica existen subestablecimientos, y por consiguiente hay uno ó más dueños medianos, el dueño directo sólo percibirá la tercera parte del laudemio que corresponda pagar segun que la finca esté sita en Barcelona ó en sus huertas ó viñedos.

En cuanto á la division del resto entre los dueños medianos, son muy confusas las reglas continuadas á la Sentencia, por cuya razon debe estarse á la práctica constante, y que está conforme á los estados hechos por Vives en vista de los presentados por Gibert y Comes.

Los dueños medianos no cobran todo el resto de lo que percibe el dueño directo, de modo que cuando existen tales dueños medianos el enagenante (1) obtiene algun beneficio sobre el tipo del laudemio, como resulta de los siguientes cuadros:

Division del laudemio que en las enfitéusis eclesiásticas, de fincas sitas en Barcelona, se paga por razon de venta hecha por vecinos de la misma ciudad.

Laudemio completo: la 7.ª parte del precio, es decir, 2 sueldos 10 $^{2}/_{7}$ dineros por libra.

Dueño directo; $^{1}/_{3}$ del laudemio total (2).	11 y $^{3}/_{7}$ dineros.	Total: 2 sueld. y 5 $^{3}/_{7}$ d. Quedan á favor del vendedor, 5 $^{1}/_{7}$ dineros.
Un dueño mediano.	1 sueldo 6 »	
Dueño directo; $^{1}/_{3}$ del laudemio completo.	11 y $^{3}/_{7}$ dineros.	Id.: id.
1.r dueño mediano.	6 »	
2.º id. id.	1 sueldo »	
Dueño directo; $^{1}/_{3}$ del laudemio completo.	11 y $^{3}/_{7}$ dineros.	Id.: id.
1.r dueño mediano.	6 »	
2.º id. id.	6 »	
3.º id. id.	6 »	

(1) En Barcelona el laudemio se paga por el enagenante.

(2) Es costumbre que en este y en los dos casos siguientes de esta tabla el dueño directo sólo percibe 11 dineros, en vez de los 11 y $^{3}/_{7}$ que le corresponden segun la *Sentencia*, de modo que el enfitéuta beneficia 5 $^{4}/_{7}$ dineros, pues cuando no hay dueños medianos el directo cobra íntegro el laudemio total.

Division del laudemio que en las enfitéusis eclesiásticas, de fincas sitas en los huertos y viñedo, debe pagarse en las ventas hechas por vecinos de Barcelona y por forasteros.

Laudemio completo: $1/5$ de todo el precio, ó sean 4 sueldos por libra catalana.

Dueño directo, $1/3$ del laudemio.	1 sueldo	4	dineros.	Total: 2 sueldos 10 dineros. Quedan á favor del vendedor 1 sueldo y 2 dineros.
Un dueño mediano.	1 »	6	»	
Dueño directo; $1/3$ del laudemio.	1 sueldo	4	dineros.	Id.: id.
1.r dueño mediano.		6	»	
2.° id. id.	1 »		»	
Dueño directo; $1/3$ del laudemio.	1 sueldo	4	dineros.	Id.: id.
1.r dueño mediano.		6	»	
2.° id. id.		6	»	
3.° id. id.		6	»	

§ 320. **Laudemio que se paga en los subestablecimientos de fincas eclesiásticas.—Su division cuando hay varios dueños.**—En los casos de subestablecimientos, el inciso penúltimo de la Sentencia Arbitral no hace distincion alguna entre fincas sitas en la ciudad de Barcelona y sus arrabales y las sitas en los huertos y viñedo, fijando el laudemio en *la cuarta parte de aquella cantidad que el enfitéuta estabiliente perciba como entrada.*

Segun lo expresado en las reglas 1.ª y 2.ª de las continuadas á la Sentencia, cuando hay uno ó más dueños medianos el directo sólo percibirá una cuarta parte del laudemio, es decir, de la cuarta parte de la entrada.

Reproduciendo lo dicho en el del párrafo anterior, presentamos la siguiente tabla:

Laudemio que debe satisfacerse en los subestablecimientos de fincas enfitéuticas eclesiásticas sitas en Barcelona ó sus huertas y viñedo; y su division.

Laudemio completo: $1/4$ parte de la entrada que satisfaga el subenfitéuta, ó sean 5 sueldos por libra.

Dueño directo; $1/4$ del laudemio completo.	1 sueldo	3	dineros.	Total: 2 sueldos 9 dineros. El estabiliente beneficia dos sueldos y 3 dineros.
1.r dueño mediano.	1 »	6	»	
Dueño directo, $1/4$ del laudemio completo.	1 sueldo	3	dineros.	Id. id.
1.r dueño mediano.		6	»	
2.° id. id.	1 »			
Dueño directo, $1/4$ del laudemio completo.	1 sueldo	3	dineros.	Id. id.
1.r dueño mediano.		6	»	
2.° id. id.		6	»	
3.r id. id.		6	»	

§ 321. En Barcelona y su territorio, ¿quién ha de satisfacer laudemio? — La Sentencia Arbitral no permite dudar de que el enagenante ó subestabiliente es quien ha de satisfacer el laudemio, y por consiguiente que contra él debe ejercitarse la correspondiente accion, si bien por su insolvencia, el poseedor de la finca quedará responsable.

En el comienzo de la parte dispositiva de la Sentencia se lee: *Quod de venditionibus et aliis alienationibus de quibus recepi laudimium consuerit honorum et censualium, seu possessionem qui et que tenentur ab Ecclesia, seu ecclesiasticis personis in dicta civitate, et eius suburbiis eindem civitate proximis et inmediate contiguis, dent et dare teneantur emphiteote, qui predictas venditiones seu alienationibus facient* (1).

Más adelante, al hablar de las enagenaciones de fincas sitas fuera de Barcelona y de su huerto y viñedo, dice: *Per illum seu illos qui prædicta tenent ab Ecclesia seu ecclesiasticis personis inmediate, detur ipsis personis ecclesiasticis quinta pars totius precii quod revera inde habebitur et non ultra. Si vero dictæ venditionis, seu alienationibus fiant per emphiteotas inferiores, post inmediatum, in supradictis ortis et vineto detur ipsis personis ecclesiasticis, a quibus prædicta, que vendentur seu alienabuntur, tenentur, etc.*

Finalmente: al tratar del laudemio que se paga en los establecimientos, dice: *Detur personis ecclesiasticis, a quibus ipsi honores censualia seu possessionis tenentur...*

Son todavía más explícitas las reglas 1, 2, 3, 11 y 22 de las continuadas á dicha Sentencia.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de Febrero de 1877, ha reconocido esta disposicion peculiar á Barcelona, sus huertas y viñedo, declarando «que la Sala al condenar solidariamente al vendedor »y al comprador al pago del laudemio, infringe el principio de dere»cho segun el cual *á nadie puede imponérsele una obligacion* que no naz»ca de la ley ó del pacto libremente celebrado, porque la obligacion »solidaria no está establecida por la ley para este caso ni en este con»cepto la pactaron las partes.»

§ 322. Efectos del pacto de que el adquirente de la finca satisfará el laudemio.—Dicen Solsona (2) y Gibert (3) que cuando en el contrato de venta de finca enfitéutica sita en Barcelona, sus huertos y viñedos se pacta que el comprador pague el laudemio, éste forma parte del precio, y por consiguiente deberá pagarse laudemio del laudemio.

---

(1) Que en las ventas y otras enagenaciones de las cuales se acostumbra cobrar laudemios de honores y censos ó pensiones que se tienen en dominio de la Iglesia ó de personas eclesiásticas, en dicha ciudad y sus arrabales á ella contiguos *dén y estén obligados á dar los enfitéutas que hagan dichas ventas ó enagenaciones*, etc.

(2) *Lucerna*, *laude.*, *Præl.* 5.º N.º 3.

(3) *Theórica artis notariæ;* Tratado de los Laudemios, etc.

§ 323. No se debe laudemio en las divisiones de la cosa enfitéutica que hagan los herederos ó legatarios del enfiteuta.—En el § 262 se ha dicho que en Cataluña no se paga laudemio por las divisiones necesarias. Respecto á Barcelona y demás poblaciones donde se aplica el *Recognoverunt proceres*, existe la disposicion de su Capítulo 70, que lleva el epígrafe *De re dividenda sine laudemio á deffuncto dimissa*, que habla del inmueble dejado á los hijos ó á cualesquiera otras personas.

Esta disposicion se ha interpretado extensivamente, de modo que si un coheredero en remuneracion del mayor valor de la cosa que recibe en adjudicacion entrega á otro alguna cantidad, ó se vende la cosa enfitéutica por no ser cómodamente divisible, no deberá pagarse laudemio (1).

Pero no comprenderá la dacion en pago de una finca enfitéutica, hecha por el hijo heredero á uno de sus hermanos á quien el padre testador ha legado una cantidad, pues hay verdadera enagenacion que produce el efecto de venta; dedúcese de los principios generales jurídicos, y lo confirma la Costumbre VIII de Cataluña (Tít. 30, Lib. IV, Vol, 1.º), que lo disponia respecto á los feudos (2).

Este caso no puede confundirse con el de la entrega de una cosa enfitéutica hereditaria en satisfaccion de legítima, pues que ésta la adquieren los hijos directamente del padre, y el heredero no tiene obligacion de satisfacerla en dinero.

§ 324. De la fadiga en las ventas cuando sólo hay dueño directo.— Este caso no ofrece dificultad: el dueño directo puede usar del tanteo ó fadiga.

Las reglas 19 y 21 de las continuadas á la Sentencia arbitral, al reconocer este derecho del dueño directo, sea láico ó eclesiástico, le autorizan para cederlo.

El Cap. 80 del *Recognoverunt proceres* dispone que *nadie venda, prometa ni dé á otro el tanteo de la finca que se tiene por él, hasta habérsele presentado la escritura de venta ó enagenacion.*

§ 325. De la fadiga en las ventas cuando hay dueños medianos.—Sólo podrá usarla el dueño mediano, de quien tiene inme-

(1) Solsona, *Lucerna laude.*, Cell. 1, N.º 29.—Gibert, *Theorica artis notariæ; De los Laudemios.*

(2) *Item es costuma de Catalunya que sil pare havent dos fills o tres, o encare molts, haurá fet testament, e feent un hereu als altres lexa alcuna cuantitat de diners, el hereu no volrá donar diners e donara per part, o per heretat, o per legitima al frare, ó á la germana un castell, o mes, o delme o censal que sie feu, e quel frare o la germana dessenesca la quantitat de diners la un al altre, en aquest cas lo senyor per lo cual lo feu se te pot demanar ters, o loysme, o altres cosas, axi com de venda, car vera venda es, jalsie que la carta nomen aquella donatio.*

diatamente su derecho el enfitéuta. Así lo establacen las reglas 5.ª, 6.ª, 6.ª, 12 y 13 de las continuadas á la Sentencia Arbitral. El Cap. 35 del *Recognoverunt proceres* dispone tambien *que si un enfitéuta vende la cosa, el enfitéuta más inmediato ó medio puede retenerla y reducirla á su primer estado.*

El dueño mediano inmediato al vendedor, cuando usa de la fadiga no puede cobrar parte alguna del laudemio, y la que le hubiera correspondido acrece á la de los demás dueños medianos.

Estos y el directo no pueden usar de la fadiga, pues como en su virtud sólo se adquiere la parte de dominio útil enagenada por el subestabiliente, ó sea por el último dueño mediano, si ejercitaba el tanteo uno de los dueños medianos que no fuese el último, se reunirian en una misma persona las calidades de enfitéuta superior é inferior, y si la usaba el directo se reuniria esta calidad á la de subenfitéuta, sin consolidarse el dominio.

En virtud de las reglas citadas, cuando el dueño mediano inmediato al subenfitéuta enajenante no usa de la fadiga, el directo adquiere el derecho de cederla á otra persona, del modo dicho en el párrafo anterior.

§ 326. Disposiciones del «Recognoverunt proceres» sobre el efecto de la enagenacion de la cosa enfitéutica sin consentimiento del dueño.—El Cap. 28 previene que se pague doble laudemio; pero segun la Constitucion 3.ª del Tít. 31. *(Del dret emphiteotich)*, Lib. IV, Vol. 1.º, muy posterior á dicho privilegio, no se incurre en tal pena hasta que se tome posesion de la cosa; y en virtud de costumbre no se exige el pago de doble laudemio.

El Cap. 32 concede al dueño directo el derecho de *llevarse las puertas del enfitéuta*, derecho incompatible con los principios jurídicos actuales.

§ 327. Juramento del enfitéuta sobre el pago del censo.—Tal es el epígrafe del Cap. 36 del *Recognoverunt proceres*, el cual dispone que si el dueño reclamare la pension despues de un año del dia de su vencimiento, y dentro del segundo año no probare que interpeló al enfitéuta, deberá estar al juramento que éste prestare.

§ 328. Efecto de la falta de pago del censo ó pension.—El Cap. 27 del *Recognoverunt proceres* dispone que se pague el duplo de todos los no satisfechos, pero que la finca no cae en comiso.

El 31 concede al dueño el derecho de *llevarse de su propia autoridad las puertas del enfitéuta;* pero ya hemos indicado que esta facultad es incompatible con los actuales principios jurídicos.

§ 329. Dimision de la finca por el enfitéuta.—El Cap. 66 del *Recognoverunt proceres* consigna esta facultad que, en virtud de cos-

tumbre, tiene el enfitéuta en los puntos de Cataluña donde no se observa dicho privilegio.

Usa las palabras *quilibet emphiteota* (cualquier enfitéuta), y por consiguiente puede dimitir la finca, así el que la tiene directamente del dueño directo como el subenfitéuta, el cual hará la dimision á favor del último dueño mediano, que volverá á tener el exclusivo carácter de enfitéuta.

§ 330. **Reparto de la cantidad importe del derecho de pluma ó firma** (§ 244).—En Barcelona, si hay dueños medianos, los 9 sueldos que el enfitéuta satisface al otorgársele el título *precario*, se distribuyen del modo siguiente: (1)

Dueño directo.	2 suel.	3 din.	9 sueldos.
Un dueño mediano.	6 »	9 »	
Dueño directo.		6 din. y 1 malla.	9 sueldos.
1.r id. mediano (inmediato al directo).	1 suel.	6 »	
2.º id. id.	6 »	11 » y 1 »	
Dueño directo.		6 din. y 1 malla.	9 sueldos.
1.r id. mediano.		6 »	
2.º id. id.	1 suel.		
3.º id. id.	6 »	11 » y 1 malla.	

SECCION 8.ª

EXTINCION DE LA ENFITÉUSIS.

§ 331. **Desaparicion de la cosa.**—Esta causa de extincion, cuyo fundamento natural no necesita ser demostrado, fué sancionada en dos disposiciones de la legislacion romana (2).

§ 332. **Revocacion del dominio del estabiliente.**—Si el estabiliente tenia un dominio temporal sobre la cosa, es claro que al terminarse cesará tambien el enfitéusis que hubiere constituido. Para ello será menester que conste explícitamente en el Registro el carácter temporal de dicho dominio.

Lo mismo sucederá en cualquier caso de revocacion, cuya causa estuviere inscrita en el Registro (3).

Segun el Art. 40 de la Ley Hipotecaria, puede revocarse el enfitéusis concedido en fraude de los acreedores, á tenor de los Arts. 39 y 41.

---

(1) Vives, Apéndice al Tomo 2.º de las *Constituciones de Cataluña*.
(2) Ley 1.ª, Cod. *De jure emphite.*, IV, 6.—§ 3, Inst., *De locat.*, III, 25.
(3) Arts. 36, 37 y 38 de la *Ley Hipotecaria*.

§ 333. **Expiracion del término ó cumplimiento de condicion.**—Cuando la enfitéusis se hubiere constituido por tiempo determinado, cesará á la expiracion del término (1). El enfitéuta tiene el derecho de retencion por las mejoras y demás créditos que tenga en virtud de la cosa enfitéutica, principio que consignan los tratadistas fundándose en las disposiciones romanas sobre casos análogos (2).

Lo mismo sucederá por el cumplimiento de la condicion resolutoria consignada en el acto de establecimiento.

§ 334. **Consolidacion.** — Puede tener lugar: 1.° Por dimision de la finca hecha por el enfitéuta. — 2.° Por heredar el dueño directo al enfitéuta, y vice-versa.— 3.° Por el tanteo, usado por el dueño directo para sí.

§ 335. **Prescripcion.** — En la legislacion peculiar de Cataluña ni en la canónica no existe disposicion alguna sobre este punto.

En la romana es terminante la Ley 7, § 6, Cod. *De præscrip. trigint. vel quadrag. annor.*, VII, 39 (3), que declara la imprescriptibilidad del derecho enfitéutico, ó sea que el enfitéuta no puede adquirir el pleno dominio de la finca en virtud de la prescripcion.

Además, el principio de la imprescriptibilidad de la enfitéusis se deduce de la propia esencia de este derecho. Al concederlo, el dueño no se desprendió del dominio; únicamente otorgó un conjunto de derechos al enfitéuta, cuya subsistencia supone la de aquel dominio. Esta concesion es el título por cuya razon el enfitéuta posee la finca, título derivado que por su sola voluntad no puede convertir en título de posesion como á dueño, pues las leyes prohiben cambiar por sí la causa de la posesion (4).

Los tratadistas catalanes sostienen el principio de la imprescriptibilidad.

Fontanella (5) dice que no prescribe el derecho del dueño directo *quia possidenti non currit præscriptio*, pues tiene la posesion civil y está siempre en ella por el ministerio del enfitéuta, que sólo tiene la natu-

---

(1) Ley 3, Dig. *Si ager vecti.* VI, 3. —Novela 7, Cap. 3, § 2.—Novela 120, Cap. 6, § 1.

(2) Véanse los citados por Tos (*Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 9, Núm. 8), Álvaro Velasco y otros.

(3) ... *qui jure emphiteutico rem aliquam per quadraginta, vel quoscumque alios annos detinuerit, dicendo ex transacto tempore dominium sibi in eisdem rebus quæsitum esse: cum in eodem statu semper manere datas jure emphiteutico res oporteat.*

(4) Ley 5.ª, Cod. *De adquiren. vel retin. posses*, VII, 32. — Ley 2, § 1. Cod. *Pro hered. vel pro posses.*. XLI, 5.— Ley 1, § 2, Cod. *Pro donat.*, XLI, 6. — Ley 33, § 1, Dig. *De usurp.*, XLI, 3.— Ley 2 § 1, Dig. *Pro herede*, XLI, 5.

(5) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part 1.ª, Ns. 132 á 136 y Claus. V, Glos. 8, Part. 15, Ns 64 y 65. La *Costumbre* XIV de Albert se refiere á los feudos, pero no hemos querido omitir esta cita.

ral. Que así se ha observado en Cataluña, aplicándose la Costumbre XIV de las compiladas por Pedro Albert, como dice Socarrats en el comentario que de estas costumbres escribió.

Cancer (1) dice tambien que el dueño directo posee civilmente del modo que disponen las leyes del Digesto 12 *Adquir. vel amit. posses*, y 3.ª, § 17, *De vi et de vi armata* (2), y que el enfitéuta no puede por su sola intencion cambiar la causa de su posesion.

Vilaplana (3) sienta como indudable el referido principio.

Consecuencia de las referidas leyes y de esta doctrina, es que no prescribe el dominio de la finca enfitéutica por dejar de satisfacer las pensiones durante plazo alguno.

Pero si el enfitéuta, á ciencia del dueño directo, negase el derecho de éste manifestando que la cosa no es enfitéutica y que la posee como de su propiedad, cambiará el título de su posesion. Desde entónces tendrá el de dominio, y si el dueño directo no formula la oportuna reclamacion ántes de los 30 años, término comun de la prescripcion en Cataluña, prescribirá al cumplirse este plazo. Dos de los más antiguos comentadores de los Usatges, Jaime Monjuich y Calicio (4), ya decian que si el enfitéuta al reclamársele la pension niega el dominio á que la finca está sujeta, *ex tunc intervenit possessionem et prescribit.* Cancer (5) expone esta doctrina, que Tos admitió completamente, y dice que la negativa del enfitéuta comunmente tendrá lugar al ser requerido para cabrevar.

El mismo efecto producirá la enagenacion de la cosa enfitéutica hecha como libre, si teniendo el dueño noticia de ella no reclamare su derecho ántes de 30 años, durante los cuales el comprador posea la cosa como á dueño.

Esta doctrina se ha aplicado á los dominios medianos (6).

El Tribunal Supremo, en una sentencia referente al derecho catalan, ha considerado este punto bajo distinto aspecto. Ha partido del Usatge *Omnes causæ*, que declara prescritas las acciones á los 30 años; no ha exigido el cambio manifiesto de la posesion del enfitéuta para principiar el cómputo de dicho término; y prescindiendo de hacer declaracion alguna sobre los requisitos necesarios para que el enfitéuta adquiera en virtud de prescripcion el dominio de la cosa enfitéutica, ha considerado prescrita la accion del dueño directo á los 30 años de no haber exigido las pensiones. Como la accion es el medio de hacer valer

---

(1) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 4.º, Ns. 178 y 181.
(2) Se refieren á la posesion del usufructuario.
(3) *Ad Const. Item ne super laud.* Prelud. 1, Números 42 y 43.
(4) *Antiquiores Barchino. Leges quas vulgus Usaticos apellat. cum. coment.* Comentario al primer Usatge *Omnes homines*.
(5) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 4.º, Ns. 175, 180, 181 y 202.
(6) Cancer, *Eod.*, Ns. 183 y 185.—Tos, *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 3.º, N.º 18.

un derecho, sin ella el de dominio será ilusorio y podrá decirse que se ha extinguido.

A pesar de que un solo fallo no puede formar jurisprudencia por su importancia daremos cuenta del aludido, que es el de 20 de Febrero de 1875.

En el año 1726 se concedieron una casa y heredad en enfitéusis, pactándose un cánon anual y la reserva á favor del concedente de pastar yerbas y del dominio directo y alodial con todos los derechos de laudemio, fadiga y demás. El sucesor del estabiliente entabló demanda contra el causa-habiente del concesionario, por no haber cobrado pensiones desde 1835, á pesar de las reclamaciones hechas al demandado, en cuya atencion pidió el pago de 29.

El demandado impugnó la demanda, por ser de orígen feudal la enfitéusis de que se trataba y por la prescripcion, toda vez que el mismo actor consignaba que hacia más de 30 años que no habia hecho uso del derecho activo que ejercitaba.

La Audiencia desestimó la demanda en sentencia de 27 de Octubre de 1875, estimando la excepcion de prescripcion.

El actor interpuso recurso de casacion, alegando como infringidas: 1.° La jurisprudencia constante del Principado, sancionada por repetidos fallos de la Audiencia de Barcelona, que tenia cuando ménos todos los requisitos de una costumbre que forma ley, de que el dominio directo y los censos ó cánones enfitéuticos en Cataluña nunca han sido prescriptibles; 2.ª La Ley 7 del Cod. *De prescrip., trigint. vel quadragint. annor.*, que declara imprescriptible el derecho enfitéutico. 3.° La doctrina del mismo Tribunal Supremo de que quien prescribe ha de poseer para sí, y nó en nombre y representacion de otro, no bastando la posesion material ó mera tenencia de la cosa, como tienen el arrendatario, colono, el procurador, que la detentan nó para sí sino para el dueño de la misma, como se consignó en las sentencias de 16 de Abril de 1859 y 18 de Marzo de 1876; doctrina igual á la de dicha Ley 7.ª, y á la segunda de dicho Título, segun los cuales el enfitéuta no puede prescribir jamás el dominio directo, demostrándolo así las Constituciones 1.ª, Tit. 31, Lib. IV, Vol. 1.º; y las 1.ª y 2.ª, Tit. 12, Lib. IV, Volúmen 2.º, conformes con lo dispuesto en las leyes del Cod. *De jure emphiteu.* 4.° La doctrina de que el enfitéuta no puede cambiar de título por sí, y que el hecho de no pagar pensiones es puramente negativo y que se necesita acto positivo contradiciendo el dominio directo. 5.° La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Junio de 1866, que declaró procedente el pago de un censo que el demandado decia no haber satisfecho durante cincuenta años. Y 6.° La disposicion del Cap. 13 de las Costumbres generales de Cataluña, elevadas á ley por una Constitucion, que establece la imprescriptibilidad de los feudos; y éstos y las enfitéusis se regulan por las mismas leyes.

El Tribunal Supremo no dió lugar al recurso, considerando que los cuatro primeros fundamentos alegados se refieren á la excepcion de prescripcion del dominio, que no se ha alegado ni sido objeto del pleito, en el cual sólo se pidió y se ha fallado sobre la prescripcion de la accion para pedir, por lo cual ninguna de las leyes ni doctrinas citadas en ellos han podido ser infringidas; considerando que la sentencia vagamente citada en el quinto fundamento tampoco contiene declaracion de doctrina que haya podido ser infringida, puesto que igualmente se debatió en el pleito á que se refiere sobre la prescripcion del dominio (1); y considerando que la disposicion del Cap. 14 de las Costumbres generales de Cataluña, elevadas á Ley por la 3.ª del Tit. 4.°, Lib. VII, Vol. 1.°, alegada en sexto lugar, se refiere, como se reconoce al hacerlo, al caso de fincas enclavadas en terreno enfeudado que se presumen ser del señor del feudo mientras con documentos no se pruebe lo contrario, y por lo mismo tampoco es aplicable al pleito en que se litiga sobre la totalidad de un manso, ni ha podido ser infringida por la sentencia.

Basta lo dicho para conocer el estado actual de la cuestion promovida sobre la prescriptibilidad de la enfitéusis.

En cuanto á los censos á nuda percepcion, como tienen carácter enfitéutico, á ménos de haberse creado sin reserva de dominio (§ 239), se les aplicaban las disposiciones y la doctrina en cuya virtud la enfitéusis se consideraba imprescriptible. En Cataluña siempre se habia considerado que las pensiones vencidas y no reclamadas prescribian á los treinta años; pero no las futuras, á ménos de haber un acto explícito del censuario que niegue el derecho del censualista, desde el cual principiaria el plazo de la prescripcion fijado en el Usatje *Omnes causæ* (1). En la diócesis de Gerona son prescriptibles.

---

(1) La Sentencia de 9 de Junio de 1866 recayó en méritos de un juicio en el cual se reclamó el pago de un censo ejercitando la accion hipotecaria, y que se falló con arreglo á la legislacion castellana, por cuya razon al conocerse se supuso que con mayor motivo en Cataluña que en Castilla el Tribunal Supremo consideraria imprescriptible el censo enfitéutico. De dicha sentencia no se desprenden claramente los debidos antecedentes.

(1) Porque se ha supuesto que Cancer defiende la prescriptibilidad de estos censos por solo el trascurso del tiempo, vamos á resumir cuanto dice en la obra *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 4.°, Ns. 193 á 20: — « Dúdase si el censo que se percibe »en nuda percepcion, y que se llama reservativo, prescribe ó nó. Opino que prescribe cuando es completamente en nuda percepcion, al par que las otras presta- »ciones anuales constituidas con hipoteca sobre una finca (N.° 193). En cuanto á »los censos que se constituyen por el enfitéuta, subestableciendo la cosa enfitéu- »tica á tenor de la Constitucion 5.ª del Tit. *Del dret emphiteotich*, la cual dispone »etc. (lo dicho en el §). no pueden prescribir totalmente sin una *interversion* »en la posesion, del mismo modo que los censos debidos al dueño directo, pues »aquellos no son completamente *in nuda perceptione* (N.° 194). Como el enfitéuta »subestableciente, segun dicha Contitucion 5.ª no transfiere todo su derecho pues

Si prevalece la doctrina consignada en la referida sentencia del Tribunal Supremo por el solo trascurso de 30 años, prescribirá tambien la accion para reclamar estos censos.

§ 336. **¿Puede extinguirse la enfitéusis por redencion?**— Considerando la enfitéusis respecto al enfitéuta, no es un gravámen que pese sobre la finca, es un derecho derivado de la concesion del dueño que continúa siendo tal. El censo es uno de los varios derechos reservados por el dueño. El laudemio es otro de ellos: pero existen otros que hemos examinado. Su conjunto es la manifestacion del dominio, y como á tales no son susceptibles de una apreciacion hecha *a priori* por la ley.

Por estas razones, y por la de que á nadie puede privársele de su propiedad sino por causa concreta de utilidad pública en Cataluña, no pudo suponerse que á las enfitéusis se les aplicara el principio de la redencion que existe para otras prestaciones que son gravámenes para el poseedor de la finca, como los *censales*. Ninguno de sus jurisconsultos escribió sobre este punto, y ni siquiera lo mencionó.

De ahí que en Cataluña cuando el dueño directo, mediante una cantidad, cede su derecho al enfitéuta, lo hace á título de venta.

La Real Cédula de 17 de Enero de 1805 declaró redimibles los censos enfitéuticos dictando varias reglas para verificarlo, mas no son aplicables por no existir los Vales Reales con qué debia hacerse la redencion. La Real Cédula de 3 de Agosto de 1818, que dejó completa libertad para poner en las escrituras de otorgamiento ó creacion las cláusulas que los interesados tuvieran á bien, y por consiguiente la

---

»se reserva el de firma para la conservacion de sus derechos y el de fadiga para »quedarse la cosa (N.º 195), permanece dueño casi útil (*remanere dominum quassi* »*utilem dictæ rei quam subenphyteuticavit*), ó como dicen los autores *dueño inferior* »(N.º 196), de modo que continúa obligado respecto al dueño directo para el cánon »que éste debe cobrar, y si el subenfitéuta no satisface el censo, puede apode- »rarse de la finca para poder satisfacer el cánon ó pension al dueño directo. (Nú- »mero 197). De modo que si el enfitéuta quiere transferir todos sus derechos al »censuario y subrogarlo en su lugar para el pago del censo al dueño directo, debe »manifestarlo expresamente en la escritura de creacion y ser aprobado por el »dueño directo (N.º 198). Por consiguiente no prescribiendo sin interversion el »censo contra el dueño directo, que como se ha manifestado tiene la posesion »civil que conserva sus derechos, del mismo modo el segundo enfitéuta no puede »prescribir dichos censos en su totalidad (es decir los futuros), pues el primer »enfitéuta goza de la *cuasi possessio* que conserva sus derechos (N.º 199), y así lo »consideró el Senado en 4 de Mayo de 1606.»

En la Part. 1.ª, Cap. 15, N.º 40 sólo habla de las prestaciones anuales en general, sin mentar el censo *in nuda perceptione* de Cataluña. Por consiguiente no tiene importancia su opinion, favorable á la de Búlgaro que sostuvo el principio de la prescripcion desde el momento en que no se pagasen, ni puede aplicarse á dichos censos la jurisprudencia de la Audiencia, que se formó en la misma conformidad.

de irredimibilidad. Como esta circunstancia se presupuso al otorgarse los establecimientos enfitéuticos de Cataluña, pues no se comprendia lo contrario, se ha considerado que derogó la anterior Cédula, y por consiguiente que restableció el principio de la irredimibilidad.

El Art. 9.° de la Ley de Señoríos, de 1823, restablecida por la de 2 de Febrero de 1837, mandó que: «Así los laudemios como las pensiones »y cualesquiera otras prestaciones anuales de dinero ó frutos que »deban subsistir en los enfitéusis referidos, sean de señorío ó alodia»les, se podrán redimir como cualesquiera censos perpétuos, bajo las »reglas prescritas en los Arts. 4.°, 5.°. 6.°, 7.°, 8.° y 12 de la Real Cédula »de 17 de Enero de 1805, (Ley 24, Tit. 15, Lib. 10 de la Novísima »Recopilacion), pero con la circunstancia de que la redencion se »podrá ejecutar por terceras partes á voluntad del enfitéuta, y que se »ha de hacer en dinero, ó como concierten entre sí los interesados, »entregándose al dueño el capital redimido ó dejándolo á su libre dis»posicion.»

A pesar de que usa la frase *enfitéusis de señorío ó alodiales*, la palabra *referidos* limita las disposiciones del artículo á las enfitéusis establecidas por los que tuvieron señorío, que se declaren subsistentes en los juicios de revision de los títulos, únicos de que se ocupa la Ley de Señoríos. Así se ha considerado en Cataluña.

Las Leyes de 20 de Agosto y 16 de Setiembre de 1873 declararon redimibles todas las pensiones y rentas que afectan á la propiedad inmueble. Dudóse si comprendian la enfitéusis, y ántes de darse alguna declaracion quedaron en suspenso en virtud del decreto de 20 de Febrero de 1874, quedándolo igualmente todos los expedientes y juicios á que hubiera dado lugar la ejecucion de aquellas leyes. El Tribunal, en sentencia de 27 de Diciembre de 1875, declaró que esta suspension alcanzaba á los juicios pendientes de ejecucion de sentencia.

CAPÍTULO 6.°

DEL ESTABLECIMIENTO Á PRIMERAS CEPAS Ó «Á RABASSA MORTA.»

SECCION 1.ª

IDEA DE ESTE DERECHO.

§ 337. **Nocion de la «rabassa morta.»** — El establecimiento á primeras cepas, ó á *rabassa morta*, es el derecho de gozar, esencialmente temporal, que se tiene sobre una tierra, con la obligacion de plantarla de viña y entregar como cánon anual una parte de los frutos que produzca mientras vivan las primeras cepas, lo cual se reputa

que cesa á los cincuenta años, pasados los cuales la finca volverá al exclusivo poder del estabiliente ó de su sucesor (1).

El cánon puede tambien consistir en una cantidad fija; así tenia lugar en los casos de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1865.

Al considerar este derecho como contrato, veremos que puede concederse por tiempo determinado, mayor ó menor que el de cincuenta años.

Tiene carácter enfitéutico, de modo que mientras subsiste hay la separacion de los dominios directo y útil, que siguiendo la doctrina de los glosadores se ha supuesto que existe en la enfitéusis. Invocando la autoridad de Solsona (2), lo afirma Tos (3). Vives lo considera tan fuera de duda, que se limita á incluir la *rabassa morta* en la Nota 4.ª al Tít. 30, Lib. IV, Vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña, donde expone lo referente á la enfitéusis.

A pesar de esta doctrina, un escritor (4) ha supuesto que *la naturaleza económico-jurídica de la «rabassa morta» participa de la del contrato de sociedad, y que puede calificarse tambien de aparcería.*

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 5 de Diciembre de 1863, 9 de Mayo de 1865 y 10 de Noviembre de 1868, le ha reconocido el nombre de *establecimientos;* pero no ha hecho declaracion alguna sobre su esencia.

Opinamos que este derecho no es distinto del de superficie, reconocido y regulado en la legislacion romana.

Su historia no es de larga fecha: debió generalizarse cuando tomó grandes proporciones el cultivo de la vid en Cataluña. Sobre el orígen del contrato que le dá nacimiento, Tos (5) dice: «Muchas diligencias »he practicado para averiguar el orígen y reglas particulares de este »contrato; sólo he podido adquirir de algunos labradores viejos, que »por tradicion de sus pasados sabian, que empezó á practicarse en los »parages marítimos, por lo que no puede ser muy antiguo, particu»larmente atendido que en ninguno de los autores pátrios se halla tra»tado.»—«Unicamente he sacado alguna luz de las decisiones que »nuestra Real Audiencia ha dado en las causas que luego referiré, en »las cuales ha de fundarse este capítulo.»

---

(1) En el § 239 hablamos de la acepcion de la palabra *establecimiento. Rabassa*, significa el pié de la cepa. *Establecimiento á rabassa morta* significa concesion enfitéutica que terminará al ser *muertos los pies de las cepas.*

(2) *Styl. capibre.*, fol. 4. N.º 1: Esta cita es inexacta, pero del contexto de varios pasages de la obra de Solsona se deduce lo indicado.

(3) *Tratado de la Cabrevacion*, Cap. 10. N.º 7.

(4) D. Victorino Santamaría, *La rabassa morta y el desahucio aplicado á la misma*, (Barcelona 1878), págs. 5 y sigs

(5) *Eod.*, Ns. 4, 5 y 6.

SECCION 2.ª

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, LLAMADO «RABASSAIRE.»

§ 338. **Derechos del «rabassaire.** —Tiene el derecho de disfrutar de los rendimientos de las cepas que plante en la finca. Comunmente se le autoriza para plantar algunos árboles, para sestear y abrigo de los animales de labranza. Si utiliza esta concesion, tendrá el disfrute de los árboles que en su conformidad plante. A veces se le impone la obligacian de plantar cierto número de árboles, como en los casos de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1868 y 27 de Febrero de 1878.

Puede disponer de su derecho por actos entre vivos ó *mortis causa*, sin la obligacion de pagar laudemio (1); y de hipotecarlo por el tiempo que dure su derecho (2).

Tendrá la accion real *vindicativa utilis* para reclamar su derecho (3), y los interdictos para mantenerse en la posesion de la superficie (4).

§ 339. **Obligaciones del «rabassaire».** —Son las siguientes:

1.ª Pagar el censo si consiste en una cantidad, ó entregar la parte de frutos en la proporcion y del modo que se haya convenido.

2.ª Pagar las contribuciones en proporcion á la parte de renta que percibe, pues si bien el derecho romano obliga al superficiario á satisfacerlas, al par que soportar las demás cargas inherentes á la superficie, debe aplicarse lo dicho en el § 254 sobre la rebaja que en las enfitéusis el dueño ha de hacer en el cánon por las contribuciones impuestas sobre la finca. Además, segun los arts. 54 y 55 del Real Decreto de 23 de Mayo de 1845, del pago del impuesto son responsables los que perciban las utilidades líquidas, bien que serán exigibles del que posea la finca: no siendo los propietarios responsables del pago de las cuotas señaladas á los labradores ó colonos, contra quienes han de dirigirse los medios coercitivos para la cobranza. A falta del propietario, la cantidad total señalada á las fincas se exigirá al arrendatario ó colono, el cual descontará al primero, al pagarle la renta, la parte de la cuota que le corresponda.

Pero existen varias costumbres que con preferencia deberán obser-

---

(1) En algunas comarcas se paga laudemio.

(2) Leyes 16, § 2, y 17 Dig. *De pignor. actio.*, XIII, 7. —Leyes 9, § 1; y 13. Dig. *De pignor.*, XX, 1.—Ley 15, Dig. *Qui potio, in pigno.*, XX 4.

(3) Leyes 1 § 3; y 4, Dig. *De superfi.*, XLIII, 18. — Ley 74, Dig. *De rei vindi*, VI, 1. — Ley 12, § 3, Dig. *De Publicia, in rem actio.*, VI 2.

(4) Ley 1 ª, Dig. *De superfi.*, XLIII, 18. – Ley 3, § 7, Dig. *Uti possid.*, XLII, 17. — Ley 1, § 5; y 2 Dig. *De vi et de vi arma.* XLIII, 16.

varse. En la provincia de Tarragona el dueño de la finca dada *á rabassa morta* la tiene amillarada en su nombre, pagando por ella la contribucion correspondiente, si bien en los establecimientos recientes, en virtud de pacto, el *rabassaire* satisface una parte proporcional al dueño para *ayuda de contribucion*. En el llano del Llobregat los cultivadores pagan los impuestos correspondientes á la finca, y en la parte de Manresa se satisfacen proporcionalmente por el dueño y *rabassaire* (1).

3.ª Concluido el derecho ha de dejar la finca al libre uso del dueño, siendo responsable de los deterioros causados por su culpa, pero nó de los que sean hijos de la vejez de las cepas.

SECCION 3.ª

DERECHOS DEL DUEÑO.

§ 340. ¿Cuáles son? — Los siguientes:

1.° Cobrar la pension ó parte de renta de la plantacion.

2.° Usar del tanteo ó fadiga cuando el cultivador vende su derecho.

3.° Si careciese de título escrito, puede exigir al cultivador ó *rabassaire* que le reconozca el dominio; acto que con el nombre de *cabrevacion* hemos examinado en el capítulo de la enfitéusis.

No tiene el derecho de cobrar laudemio, como no lo tenia el dueño en la superficie romana. En algunas comarcas lo cobra.

SECCION 4.ª

DE LA EXTINCION DEL ESTABLECIMIENTO «Á RABASSA MORTA».

§ 341. **Muerte de las dos terceras partes de las cepas. — Trascurso de 50 años.** — Tos, hablando del establecimiento *á rabassa morta* en la obra indicada, dice: «Su duracion y las facultades » del enfiteota han sido el punto céntrico de la dificultad, y cuestion » de varios pleitos que han vertido. A todos es notorio que en las viñas » continuamente se mueren cepas ó se inutilizan, y que es preciso » plantar ó suplir otras en su lugar, lo que á más de manifestarlo la » experiencia de derecho comun, está obligado el usufructuario á » plantar nuevas cepas en lugar de las falten ó mueran, sólo para que » se preserve toda deterioracion y se evite la ruina de la viña.» — «En » el presente contrato no es permitido el plantío de nuevas cepas, por» que sólo subsiste durante los primeras. En la viña se acostumbra su» plir la cepa muerta de la del lado, sacando uno ó dos vástagos, de

(1) D. Victorino Santamaría, *La rabassa morta*, Tit. 3.

»que se forman nuevas cepas, que se llaman renuevos ó mugrones, y »en idioma catalan *culgats* ó *capficats.*» —« Por esto se ofrece á prime» ra vista la duda de si seria permitido en este contrato. Por la afirma» tiva ocurre el ser lícito todo cuanto convenga para su conservacion, y » no ser nuevas cepas, toda vez que provienen de las primeras; por » la negativa se presenta otro motivo, y es que en algun modo son nue» vas cepas, porque las antiguas son distintas y metidas en tierra con » poco tiempo se consumen, y de los vástagos se forman nuevas cepas, » que son casi de tanta duracion como si se plantasen de nuevo; y por » último, si fuese permitido, nunca finirian las primeras cepas, porque » cuando serian las otras inútiles se practicaría lo mismo, y al paso » que siempre se harian mugrones y renuevos todas serian depen» dientes de las primeras.» — « Así sobre esta facultad, como en órden » á la duracion del contrato, fué declarado por la Audiencia, en la » causa que vertió entre partes de Juan Soler contra Antonio Juliá, en la » cual se profirieron tres sentencias.» — « Que en la segunda, publicada » en 24 de Diciembre de 1770, se declaró que el demandado debia res» tituir las piezas de tierra al actor, luego de haberse cumplido el tér» mino de cincuenta años desde el dia en que debian quedar plantadas » las viñas; y aun ántes, siempre y cuando en ellas quedasen infructí» feras dos terceras partes de cepas. Esta sentencia declaraba que el » enfitéuta no podia hacer mugrones ó renuevos (*culgats* ó *capficats*); » pero la de 12 de Junio de 1871, al confirmar la parte referida en pri» mer lugar, declaró que el enfitéuta tenia esta facultad.» — « En otras » causas posteriormente suscitadas en la misma Real Audiencia, se ha » decidido con arreglo á la antecedente.»

Cita las proferidas en 6 de Setiembre de 1775 y 30 de Marzo de 1776, declarando finido el establecimiento á primeras cepas otorgado en 1744, por haberse justificado, por medio de testigos, que las primeras cepas plantadas por el *rabassaire* habian muerto, ó eran ya infructíferas; y trascribe la de 23 de Febrero de 1878, en la cual se condenó á unos cultivadores á dejar expedita la posesion de tres piezas de tierras con los frutos percibidos y podidos percibir, pero concediéndoles el cobro del importe de las mejoras, tal vez existentes en dos de las piezas de tierra, por razon de la plantacion en ella realizada ya que no habian trascurrido cincuenta años desde el dia de su establecimiento, *por cuyo término sólo lo estima duradero esta Real Sala.*

Vives (1) dice que vió varias sentencias, dadas en el presente siglo, en los mismos términos. El Tribunal Supremo ha confirmado ésta doctrina.

La sentencia de 5 de Diciembre de 1863 recayó en el siguiente caso. En 1696 se concedió una pieza de tierra en *establecimiento á rabassa*

---

(1) Nota 4.ª al Tit. 30, Lib. IV Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

morta, es decir, para tanto cuanto duraren las primeras cepas, y no más. En 1859 los causa-habientes del *estabiliente* la reclamaron del que lo era del cultivador por ocuparla sin ningun título, en atencion á que los establecimientos de esta naturaleza eran una enfitéusis temporal mientras durasen las primeras cepas, y que muertas éstas recobraba el estabiliente la plena propiedad del terreno, considerándose en tal estado segun las decisiones de la Audiencia de Barcelona y la práctica confirmada por los autores catalanes, despues de cincuenta años de la constitucion de dicho establecimiento.

El demandado reconoció la existencia de esta jurisprudencia, pero opuso á la demanda las excepciones de prescripcion y falta de accion, fundado en que en el periodo de más de ciento sesenta años, desde la fecha del establecimiento, habian debido hacerse plantíos nuevos por los adquisidores; y que tanto el demandado como su padre habian plantado la tierra con conocimiento y aprobacion de los demandantes, recibiendo las partes de frutos que les habian correspondido con arreglo á la escritura de concesion, por lo cual debia considerarse continuado el contrato.

Los demandantes replicaron que el demandado y sus causantes habian replantado la finca en concepto de colonos, por lo cual debia dejarla expedita á disposicion de su dueño, que le habia avisado en tiempo oportuno.

El Juez de primera instancia dictó sentencia, confirmada sustancialmente por la Audiencia, condenando al demandado á dejar dentro del término de la ley, á disposicion de los demandantes, la pieza de tierra referida, abonando éstos préviamente á aquel las mejoras que hubiera hecho en ella con posterioridad al año 1847 hasta la fecha de la contestacion de la demanda, y que se hallasen subsistentes al efectuarse la restitucion, que se regularian por peritos con arreglo á derecho.

Interpuesto recurso por el demandado, el Tribunal Supremo declaró que no habia lugar, consignando los siguientes fundamentos:

« Considerando que el recurrente nada ha negado acerca de la va» lidez y eficacia de las escrituras de 5 de Febrero de 1696 y 1.° de Ju» nio de 1703, que son el fundamento de la demanda propuesta en este » pleito. » —« Considerando que es un hecho, reconocido por el mismo » recurrente, que los establecimientos conocidos con el nombre de *ra» bassa morta*, ó sea á primeras cepas, se reputan caducados á los cin» cuenta años de su otorgamiento, conforme á la jurisprudencia esta» blecida por la Audiencia de Barcelona y á la costumbre observada en » Cataluña, y á que en el presente caso han trascurrido más de ciento » sesenta desde que su causante recibió en establecimiento la finca ob» jeto de este litigio.»

La de 8 de Junio de 1865 recayó en un caso de establecimiento, hecho con circunstancias muy especiales. Se habian concedido *á rabassa*

morta dos piezas de tierra con las condiciones, entre otras, la segunda de que el adquisidor y los suyos habian de mantener la viña en las dos tierras treinta años ántes de volver *á rabassa morta*, y que pasados pudieran renunciarla; pero debiendo ántes ser reconocida por peritos, y declarando que la viña se podia mantener, se deberia pagar íntegramente al otorgante y á los suyos íntegro y sin rebajar el censo establecido de siete y cinco libras; pero si dijeran que la viña se hallaba imposibilitada de poderla mantener, en ese caso pudiera el adquisidor renunciarla, sembrándola á su costa de piñones; cuarta, que si el adquisidor se atrasase en cuatro pensiones, pudieran el otorgante y los suyos tomar de su propia autoridad la viña plantada con todas las mejoras que tuviera, debiendo además el adquirente pagar las dichas cuatro pensiones; y sexta, que siendo del todo derruida la viña, volviera al otorgante y los suyos en la forma esplicada en la condicion segunda, de haberla de sembrar primero de piñones á costa del adquisidor.

El sucesor del concedente entabló demanda en 1859 para que se condenase al del concesionario, que estaba poseyendo las viñas, á que las dejase á disposicion del demandante, y con el pago de las pensiones vencidas y no satisfechas, y los laudemios debidos y no pagados; pretension que fundó en la terminacion del plazo del establecimiento, porque prescindiendo de que las primeras cepas no podian existir, la jurisprudencia tenia establecido que el término de estos contratos fuera el de cincuenta años; y en la falta de pago del censo, del que estaba adeudando las anualidades corridas desde 1857, en cuya fecha, segun nota del recibo que presentó, quedó advertido de que debia entregar la tierra retirada la cosecha de 1859.

El demandado alegó que áun cuando por varias decisiones de la Audiencia pudieran tenerse por muertas las primeras cepas despues de pasados cincuenta años del establecimiento, esta costumbre de fallar de una misma manera no solo no permite interponer la accion reivindicatoria, sino que en todo caso era motivo para oponer, como oponia, la excepcion de prescripcion.

Practicada prueba por las partes sobre el estado de las viñas y existencia de las primeras cepas, dictó sentencia el Juez de primera instancia, que confirmó la Audiencia, condenando al demandado á dimitir las dos viñas y satisfacer las pensiones vencidas y vencederas, reservando al actor, para el cobro de los laudemios no satisfechos, el derecho que creyere asistirle contra quien correspondiera.

El Tribunal Supremo al negar el recurso interpuesto, dijo: «Considerando que no puede aducirse como motivo de casacion la infraccion del principio admitido por la jurisprudencia de los Tribunales, *Pacta sunt servanda* en cuanto se refiere á las condiciones 2.ª y 6.ª de los establecimientos ó escrituras de 1738, toda vez que por la segunda se

limitaba en un caso dado y en beneficio del adquirente el plazo de treinta años la duracion del contrato, y en la sexta se determinaba que *derruidas* que fueran las viñas debian volverse las tierras, sembradas de piñones á costa del adquirente, en la forma expresada en la condicion segunda, y sin que ni en una ni en otra se extendiera á más de los cincuenta años el plazo que la costumbre observada en Cataluña fija para la terminacion de los establecimientos *á rabassa morta*, ó sea á primeras cepas.

La de 10 de Noviembre de 1868 recayó en méritos de un documento privado de establecimiento *á rabassa morta*, segun el cual el adquirente y los suyos habian de cultivar la tierra á uso y costumbre de buen viñador, y en caso de dejar de hacerlo podia verificarlo el estabiliente á costa del adquisidor, el cual y los suyos harian los *culgats* necesarios para la conservacion de la viña; y que muertas las dos terceras partes de las cepas, deberia el adquirente y los suyos dejarla adquirida á favor del estabiliente, que podria tomar posesion de ella sin ministerio de justicia. El Tribunal Supremo declaró: 1.º Que el establecimiento de un plantío de cepas en tierras campas con reversion al cedente de éstas, luego que aquellas queden reducidas á sus dos terceras partes, contrato que es conocido en Cataluña con el nombre de *á rabassa morta*, sólo trasfiere derecho al plantador de la viña, no existiendo otros pactos, al usufructo de ella en la proporcion convenida hasta se cumpla la expresada condicion ó transcurra el término de cincuenta años, caso en que se da por verificada, segun la jurisprudencia de Cataluña que tiene reconocida el Supremo Tribunal. 2.º Que no se infringe lo prescrito en las Instituciones, Tit. *De verbor obligat.*, al resolver que habian transcurrido los cincuenta años necesarios para declarar la caducidad del establecimiento de plantacion *á rabassa morta*, no obstante la cláusula de «que ésta hubiera de hacerse »en el término de tres años, pues no debe empezar á correr el expre»sado período pasados éstos, sino desde la fecha de aquel, en cuyo »concepto, al interponerse la demanda, habian transcurrido los cin»cuenta años fijados por la referida jurisprudencia.»

En 1804 se habia concedido una pieza de tierra bajo título de *á rabassa morta*, por tanto tiempo cuanto naturalmente vivierán é hicieran frutos las cepas plantaderas. La Audiencia de Barcelona declaró caducado este contrato de establecimiento, y contra el fallo recaido se interpuso recurso de casacion, que se fundó én el carácter de perpetuidad dado por los contrayentes á la concesion, pues se concedió la facultad de hacer plantaciones sucesivas para mantener la viña, y en que las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1863 se referia á establecimientos dados para tanto cuanto durasen las primeras cepas y nó mas, y la de 10 de Noviembre de 1868 recayó sobre un caso de *rabassa* que feneceria al reducirse las cepas á las dos ter-

ceras partes. El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Febrero de 1878, no dió lugar al recurso declarando que las palabras *por tanto tiempo cuanto naturalmente vivieran ó harán fruto las cepas plantaderas*, no destruyen las cláusulas esenciales del contrato de *á rabassa morta*, ni varian ni cambian la naturaleza del mismo.

§ **342. Otras causas de extincion** (1).—Lo serán las previstas por los contrayentes al otorgarse la concesion, y las señaladas por el derecho vigente en Cataluña respecto á la enfitéusis, que sean aplicables á los establecimientos *á rabassa morta*.

El cultivador ó *rabassaire*, ya sea el primitivo concesionario, ya cualquiera de sus causa-habientes, no puede adquirir por prescripcion el dominio de la finca que tiene en establecimiento, pues poseyendo en nombre del dueño le comprenden todos los extremos del § 335.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de Mayo de 1859, declaró prescriptible el dominio de la finca por los herederos del *rabassaire* que la posean como libre por el tiempo no interrumpido de 30 años. Los considerandos de esta sentencia dán á conocer suficientemente los hechos que la motivaron, y la doctrina que de ella se deducen. Dicen así:

«Considerando que si bien es doctrina aducida por la jurisprudencia »de Cataluña que el dueño de tierras dadas en establecimiento á *rabassa* »*morta*, ó sea mientras duren ó fructifiquen las primeras cepas, puede »recobrarlas pasados los 50 años en que se estima la duracion de este »contrato, no lo es que el que se halle en la tenencia de estas mis»mas tierras no pueda adquirir por prescripcion su dominio, si des»pues de aquel período ha sucedido en ellas por herencia, poseyén»dolas como libres por el tiempo no interrumpido de más de 30 años, »que es segun el Usatge *Omnes causæ*, Tít. 2.°, Lib. 7.°, Vol. 1.° de las »Constituciones de Cataluña, por el que se prescriben las cosas y se »extinguen todas las acciones.

»Considerando que habiendo sido dados en establecimiento en 1747 y »bajo aquel pacto los terrenos que han sido objeto de la demanda, y »trascurrido desde aquella fecha no solo los 50 años de la duracion del

(1) Siendo el establecimiento *á rabassa morta* un derecho esencialmente temporal, y que no confiere al cultivador más que el disfrute de las cepas, no se concibe que pueda extinguirse por redencion hecha por aquel. De ahí que la Ley de 20 de Agosto de 1873, que declaraba redimibles «todas las pensiones y ventas que »afectasen a la propiedad inmueble, y entre otras las conocidas con el nombre »de *rabassa morta*», contuviese un artículo adicional autorizando al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias que armonizasen las prescripciones de la misma con lo que exige la naturaleza de dicho contrato. Aquella absurda disposicion quedó ineficaz al decretarse en 20 de Febrero de 1874, suspendida dicha Ley y su aclaratoria de 16 de Setiembre.

»contrato, sino tambien mucha más de los 30 en que los demandados »los han poseido como libres, segun la prueba documental y testifical »apreciada y calificada por la Sala juzgadora, la sentencia que absuelve »á los demandados de la demanda no ha infringido la disposicion »foral ántes citada y en que se apoya el recurso.»

§ 343. Extinguido el derecho del cultivador, ¿procede el desahucio?—No formularíamos esta pregunta, si recientemente un escritor catalan (1) no hubiese sostenido que el juicio de desahucio, tal como lo establecen las disposiciones de la Ley reformadora de la de Enjuiciamiento civil, es aplicable al establecimiento *á rabassa morta.*

El Art. 607 de dicha Ley reformada enumera taxativamente los casos en que procede el juicio especial de desahucio, que, á más del arriendo, son los de disfrutar la finca rústica ó urbana teniéndola en precario sin pagar merced alguna, y cuando se quiera, desalojar á los administradores, encargados y porteros puestos por el propietario en sus fincas.

El derecho del establecimiento *á rabassa morta*, es algo más que un arriendo ó un precario. La doctrina de los autores y la jurisprudencia antigua y del Tribunal Supremo le reconocen carácter enfitéutico. Hemos indicado que reune las circunstancias adecuadas para considerársele un caso de la superficie romana. De ahí, pues, que no puedan aplicársele disposiciones dictadas para el contrato de arriendo ó para el precario. El mismo escritor aludido, para legitimar su aserto, dice: «Feneciendo el contrato de *á rabassa morta* á los 50 años de su establecimiento, ó cuando falten en la viña las dos terceras partes de las »cepas, es claro y evidente que en ambos casos los derechos del rabas»ser han concluido. Si ántes tenia un dominio sobre las cepas, este »dominio terminó en los dos casos ántes indicados, y desde aquel »momento es un mero detentador de la finca, cuya *posesion material* »proviene de un contrato cuyos efectos ya han cesado completamente.»

Si se confiesa que el rabassaire ha tenido dominio sobre las cepas, ¿cómo suponer que podrá lanzársele de la finca en virtud de disposiciones que se refieren concretamente al arrendatario, al que disfruta una finca en precario, ó á un encargado ó portero? Esta consideracion toma creces si se atiende que el ejercicio del dominio del rabassaire sobre las cepas ha de trascender al suelo, pues tiene derecho á *poseerlo materialmente* para poder disfrutar de las cepas. Y no se diga que «la »posesion del rabassaire, á la que falta un título legítimo, se hace com»pletamente ilegítima y pasa á ser de mala fé desde el momento que, »concluido el contrato, el estabiliente requiere al rabasser para que »dimita la finca que cultivó.» Si esto se admitiese como argumento, lo seria tambien para aplicar las disposiciones sobre desahucio al caso de

---

(1) D. Victorino Santamaría, *La rabassa morta y el desahucio aplicado á la misma.*

cesacion de cualquier derecho, incluso el de dominio temporal por el cual se tenga la posesion de la cosa.

No se aleguen tampoco las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1867 y 16 de Noviembre de 1870, porque si bien declararon ser doctrina admitida por la jurisprudencia y consignada por el mismo Tribunal el que cuando por el aprovechamiento de unas tierras se paga anualmente cierta cantidad de frutos, se entiende que el pagador las tiene en concepto de arrendatario, y puede por lo tanto ser desahuciado de ellas, limitaron esta doctrina con las palabras, *á ménos que no justifique que las lleva por otro título distinto del de arrendamiento.* Tratándose de un desahucio que se pidiese contra un rabassaire, expresando esta cualidad no seria necesaria la prueba referida, como se deduce del Considerando quinto de la primera de las mencionadas sentencias, que dice: «Considerando que la accion de desahucio es »procedente cuando se entabla la demanda por el dueño de la finca »contra el que *únicamente la lleva en concepto de arrendatario.*»

Creemos suficiente lo dicho para demostrar la improcedencia del juicio de desahucio, respecto al derecho de que nos hemos ocupado en este capítulo.

CAPÍTULO 7.°

DE LOS DERECHOS DE PRENDA Y DE HIPOTECA.

SECCION ÚNICA.

§ 344. **Disposiciones vigentes sobre el derecho de prenda.** — El derecho de prenda, ó sea el que compete sobre una cosa mueble agena recibida en seguridad del cumplimiento de una obligacion, está regulado por las disposiciones del derecho romano, completado y modificado en parte por las del canónico.

Los capítulos de las Decretales 1 y 2 *De usuris*, V, 19, y 6, *De pignor.* III, 21, prohiben el pacto de anticresis y disponen que si el acreedor pignoraticio percibiere frutos, se aplicarán á la extincion del capital de la deuda, como tambien previene la Pragmática 1.ª del Tít. 6.° (*De usuras*), Lib. IV, Vol. 2.° de la compilacion de Cataluña (1). Segun el Cap. 16 *De usuris*, el marido hace suyos los frutos de la cosa que se le dió en prenda para seguridad de la entrega de la dote prometida.

Para eludir aquella prohibicion, que comprendia la prenda de las

---

(1) La ley de 14 de Marzo de 1856 concedió la más ámplia libertad en la estipulacion en intereses. Consiguiente á sus disposiciones es la doctrina de que los frutos de la cosa dada en prenda podrán aplicarse al cobro de los intereses, atendiéndose al valor de aquellos ó importe de éstos.

cosas inmuebles, se introdujeron las ventas á *cartas de gracia,* que no son más que la entrega de una finca en garantía de un préstamo con interés.

§ 345. Disposiciones que regulaban, y que regulan actualmente el derecho de hipoteca. — El derecho de hipoteca se regulaba por las disposiciones del derecho romano. En 8 de Febrero de 1861 se publicó la Ley Hipotecaria reformada en 1870; sustituyó aquellas disposiciones, reemplazándolas por otras comunes á todas las provincias de España.

No expondremos las primeras porque son muy conocidas, y si ocurre algun caso en que deban aplicarse, podrá acudirse al cuerpo de derecho Justinianeo, á las doctrinas admitidas por los autores y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior y posterior á la publicacion de la Ley Hipotecaria. Tampoco nos detendremos en el exámen de ésta y de las disposiciones y resoluciones complementarias, porque no presentan especialidad para Cataluña, y existen importantes obras en que se exponen sus principios y se dá á conocer la jurisprudencia formada.

Estas disposiciones no se refieren á las cosas muebles, y por consiguiente no derogaron las romanas que establecen la hipoteca legal á favor del dueño de un inmueble en todo lo que el arrendatario introduce en él si es una finca urbana, y sobre los frutos percibidos por el arrendatario desde el dia de su percepcion, si es un predio rústico (1).

CAPÍTULO 8.

DE LA EXTINCION DEL DOMINIO Y DE LOS DERECHOS REALES, RESPECTO AL QUE LO TIENE CONSTITUIDO EN SU FAVOR.

SECCION 1.ª

DE LA ENAGENACION.

§ 346. ¿Qué se entiende por enagenacion? — La enagenacion es el acto por el cual se trasmite la propiedad de una cosa corporal ó incorporal. Es consecuencia del dominio, y por consiguiente todos los que lo tienen, y sólo los que lo tienen, pueden verificarla. Existen casos de excepcion en uno y en otro concepto, y de ellos se ocupó Justiniano en el Título 8.º del Libro II de sus Instituciones *(quibus alien. licet vel non)*, donde resume las doctrinas esparcidas en el Digesto y en el Código. Todas se observan en Cataluña.

---

(1) Ley 4 Dig. *De pactis*, 2. 14.—Ley 11. § 5, Dig. *De pig. actio*, XIII, 7.—Ley 32, Dig. *De pignori.*, XX, 1.—Leyes 2, 3, 4, 6. 7, Dig. *In quibus casib. pig. vel hypot tacite contra,* XX, 2.—Ley 24, § 1, Dig. *De locati*, XIX, 2.

En el § 30 dimos cuenta de las disposiciones vigentes sobre la enagenacion de los bienes de los hijos de familia; en los 72, 73 y 74 hablamos de las enagenaciones de los bienes comprendidos en el heredamiento, en el 124 de los dotales y en el 126 de los parafernales.

Sobre la enagenacion de bienes, en general, subsisten todas las prevenciones establecídas en el derecho romano, confirmadas y completadas por los Arts. 1401 á 1413 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

La enagenacion de las cosas dadas en prenda está regulada por las leyes romanas, y la de las cosas constituidas en hipoteca debe hacerse en conformidad á las disposiciones de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento.

§ 347. **Prohibicion de enagenar las cosas litigiosas.** — El Usatge *Cum in contentione* del Título 6.° (*De cosas litigiosas*) Lib. VIII, Vol. 1.°, dispone: « Que la cosa puesta en contencion, esto es, aquella que otro ántes que tú se ha adelantado á pedir si razonablemente la podia tomar, no sea lícito donarla, ni venderla, ni traspasarla á otro lugar.»

De las palabras de este Usatge se deduce que carece de aplicacion: 1.° cuando el demandado que reclama la cosa lo hace con notoria temeridad; 2.° que no solo prohibe la enagenacion de la cosa litigiosa, sino tambien su traslacion á otro lugar.

Cancer en el Cap. 12 de la Parte 2.ª de su obra *Var. resol.* define las cosas litigiosas, fundándose en la Auténtica litigiosa del Cod. *De reb. litig.*, VIII, 37, tomada de la Novela 112, y sostiene que la reclamacion judicial hecha por el comprador al vendedor para que le entregue la cosa vendida, ó cumpla la promesa de venderla, no es suficiente para reputar litigiosa dicha cosa, pues no produce duda sobre la pertenencia del dominio, ya que segun las leyes romanas es indispensabie la tradicion para que no lo pierda el vendedor. Vives (1) aconseja que se vean las notas puestas por Gregorio Lopez á la Ley 13, Título 7.°, Partida 3.ª, cuyo autor, fundándose en las mismas leyes romanas, se inclina á lo contrario. En nuestro sentir procede la opinion de Cancer, pues por el sólo contrato el comprador no tiene la accion reivindicativa si no hubiere un constituto posesorio ú otra circunstancia que equiválga á la tradicion real de la cosa.

Si bien se refiere á la legislacion castellana, tiene importancia la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1860, segun la cual las Leyes 13 y 14, Tít. 7.°, Partida III que prohiben enagenar la cosa litigiosa mientras dure el pleito, y la doctrina legal *De lite pendente nihil innovetur* se refieren al caso en que hace la enagenacion el que es demandado por accion real.

---

(1) Nota 2.ª al citado Título.

Esta cuestion ha perdido bastante de su importancia, respecto á los inmuebles, con las disposiciones de la Ley Hipotecaria relativas á los efectos de la inscripcion.

Respecto al hecho desde el cual las cosas se reputan litigiosas, no basta la citacion como suponia Cancer (1). El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Marzo de 1870, declaró que la Novela 112, Cap. 1.° y la Ley 1.ª, § 1.°, Dig. *De litigiosis*, XLIV, 6, vigentes en Cataluña, prohiben la enagenacion de la cosa litigiosa hecha por el demandado despues de su emplazamiento, doctrina conforme á las disposiciones que establecen un cuasi contrato en virtud de la *litis contestatio*.

Para todo lo demás que ocurra sobre la enagenacion de cosas litigiosas, se aplicarán las disposiciones romanas (2); pero teniendo en cuenta que, dado el silencio del Usatge *Cum in contentione*, no puede aplicarse en Cataluña la pena de la pérdida del precio al comprador que sepa que la cosa es litigiosa, ni la de su valor al vendedor, establecidos en la Novela 112 y en la Auténtica *Litigiosa*.

§ 348. **Enagenaciones en fraude de los acreedores.**—La Pragmática única (3) del Tit. 4.° *(De alineations fetas en frau de creedors)* Libro VII, Vol. 3.°, reputa fingidas y hechas en fraude de los acreedores, declarándolas irritas y nulas, las donaciones, ventas y enagenaciones de bienes inmuebles, de cualquiera clase de muebles y de semovientes, ó de los frutos ó productos de las posesiones cuando el enagenante retenga la posesion corporal y el uso de la cosa, cohonestándolo bajo forma de precario ó comanda (4); y que dichas enagenaciones no impidan la ejecucion decretada contra los bienes del supuesto enagenante.

A pesar de las palabras terminantes de esta disposicion, Cancer sostuvo que puede probarse la realidad de la enagenacion, pues la Pragmática solo contiene una presuncion que debe ceder á la verdad.

Segun el mismo autor, la Pragmática favorece á los terceros, nó á ninguno de los mismos contrayentes, de modo que en el caso de compra-venta el comprador no podrá alegar la simulacion, y durante treinta años tendrá accion para dirigirse contra el vendedor á fin que le entregue la cosa.

Para los casos de enagenaciones hechas en fraude de acreedores no comprendidos en el citado Usatge, deben observarse las leyes del Digesto *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8, con arreglo á las cuales los acreedores tienen la accion Pauliana para hacer revocar las enagenaciones hechas en su fraude.

(1) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 12, N.° 8.

(2) Novela 112, Cap. 1.ª, Cod., *De rebus litig.*, VIII, 37.—Dig. *Eod.*, XLIV, 6.

(3) Dada en Gerona á 18 de Octubre de 1384, por Juan, príncipe y lugarteniente general de Pedro III.

(4) En el libro de las Obligaciones se dice lo que era este antiguo contrato.

El Tribunal Supremo no ha dictado sentencias en recursos contra fallos de la Audiencia de Barcelona. Algunas de las proferidas con arreglo á las leyes de Partida, confirman los requisitos de intencion y efecto consignados en las leyes romanas para que proceda la rescision.

Además deben recordarse las disposiciones contenidas en los artículos 37, 38 y 39 de la Ley Hipotecaria.

§ 349. De la prescripcion.—Usatge «Omnes causæ».—La prescripcion es uno de los puntos más importantes del derecho catalan, y por consiguiente merece un detenido exámen.

Es ley fundamental el Usatge *Omnes causæ*, que es el 2.º del Tit. 2.º *(De prescriptions)* Lib. VII, Vol. 1.º, que traducido dice así: *Todas las causas, sean buenas ó malas, ó acciones civiles ó criminales, si dentro de treinta años no serán terminadas, ó cautivos sobre los que se moviere pleito, pero que no son poseidos por otros, si definidos ó vendidos no serán, en manera alguna sean pedidos otra vez. Pero si álguien despues de dicho trascurso de treinta años intentare mover pleito, le obste este número de años y deba pagar una libra de oro al que el Rey dispondrá* (1).

Este Usatge es copia de la Ley 3.ª, Tit 2.º, Lib. X, Fuero Juzgo, que en los códices lleva la denominacion de *antigua*, y por consiguiente es verdaderamente goda. En romance principia con las siguientes palabras: *Todos los pleitos, buenos ó malos...*, demostracion evidente de que se referia á las acciones de cualquiera clase, deducidas ya en juicio.

Fundándose en el hecho de ser copia de una ley visigoda, algunos escritores negaron el carácter de Usatge al *Omnes causæ*; pero ya dijimos en la Introduccion histórica que cuando el código visigodo dejó de tener fuerza legal en Cataluña, se continuaron observando algunas de sus disposiciones como derecho consuetudinario, y que íntegras ó modificadas pasaron á formar parte del libro de los Usatges cuando ya no se escribian verdaderos Usatges. Con estos antecedentes puede aceptarse como verosímil la afirmacion hecha por Marquilles (2) de que el Rey D. Jaime I mandó continuar en el libro de los Usatges la ley goda *Omnes causæ*, que se aplicó á la prescripcion de las acciones áun que no hubiesen sido ejercitadas en juicio.

§ 350. La prescripcion del Usatge «Omnes causæ» en virtud de interpretacion práctica, equivale á la prescripcion

---

(1) El Usatge en catalan, dice: *Totas causas, sis vol bonas ó malas, ó rahons civils ó encara criminals, si dins trenta anys, diffinidas no serán, ó catius que en contentio serán posats, e no son per altre empero posseits, si deffinits ó venuts no serán, en negona manera no sien redemanats. Si algú empero aquest nombre de trenta anys assajara moure plet, aquest nombre li resulti, e una liura de or a aquest a qui lo Rey manara, forsat pac*

(2) *Commentaria super usaticis*, Coment. al Usatge *Omnes causæ*, Nota 3.ª (fólio 382).

ordinaria del derecho romano de diez y veinte años. — Cancer dice: « *En Cataluña no se aplica la prescripcion de* 10 ó 20 *años, y en su lugar existe la de* 30 *años* (1). *Se entiende que el Usatge* Omnes causæ *no suprimió las prescripciones menores de* 10 *años, ni las mayores de* 30 *; pues en cuanto á ellas se observa el derecho comun, y sólo, como he dicho, las de* 10 y 20 *años se convirtieron en prescripcion de* 30 *años* (2).

Óliba dice lo mismo (3).

Marquilles, cuya autoridad invocan ambos autores, no dá explicacion alguna satisfactoria, pues se limita á decir (4) que el Usatge *Omnes causæ* debe interpretarse como el Cap. 44 del *Recognoverunt próceres*, porque ambas disposiciones tienen el mismo origen godo.

Con razon Fontanella (5) se admiraba de tal interpretacion *(ego considerans non parum quandoque mirabar eum non viderem discriminis, et differentiæ rationem suffragantem)*, pero se dió por satisfecho al leer en una obra de Mièrcs que el Usatge *Omnes causæ* nació de la costumbre local de Barcelona escrita en el Cap. 44 del *Recognoverunt proceres*, el cual consigna que *toda accion personal ó real que, segun derecho comun, prescribia á los diez ó veinte años, se extienda hasta los treinta,* excepto la hipoteca, que se extiende hasta cuarenta contra el deudor que posee la cosa obligada y contra sus herederos.

Sin embargo, Mières (6) no dá explicacion alguna; consigna el hecho de la referida aplicacion del Usatge, y dice que las prescripciones de diez y veinte años fueron abolidas por la Costumbre de Barcelona inserta en el *Recognoverunt*, y por la de Gerona que se observa entre varios usos de la diócesis. Mières olvidó que costumbres locales no pueden citarse como causa directa y concreta de una interpretacion general. El Cap. 44 del *Recognoverunt* y la Costumbre de Gerona, son únicamente datos, aunque muy poderosos, para resolver esta cuestion histórico-jurídica.

En la primera época de la reconquista, el Fuero Juzgo se observaba sin mezcla de leyes ni de costumbres romanas que lo modificasen. Más tarde los jurisconsultos estudiaron el derecho romano y quisieron aplicarlo á la resolucion de los juicios, como lo hacian en la práctica diaria del abogado; y si bien D. Jaime I en 1251 prohibió la cita y alegacion de leyes romanas, la influencia de los letrados pudo más que los preceptos del legislador, y cuando esto sucedia debió interpretarse el Usatge *Omnes causæ* como sustitucion de las disposiciones romanas

(1) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 15, N.º 1.—La repite en la Part. 3.ª, Cap. 4.º, N.º 165.
(2) Id., Part. 1.ª, Cap. 15, N.º 3.
(3) *Inst. de actio.*, § *Pœnales*, N.º 103.
(4) Comentario al Usatge *Hoc quod juris est Sanctorum*, Nota 2.ª, fol. 309.
(5) *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 5.ª, Part. 2.ª, Núm. 88.
(6) Mières, *Apparatus super Const.*—Coll. 10, Cap. 9, Ns. 15, 125 y 131.

sobre la prescripcion ordinaria que exigia diez ó veinte años. Esta inteligencia se tradujo en Costumbre escrita en la ciudad de Barcelona y en la Diócesis de Gerona, quedando como Costumbre no escrita en el resto de Cataluña.

En su virtud, prescriben á los treinta años todas las acciones que, ya por las disposiciones particulares del derecho catalan, ya por el romano supletorio no prescriben ántes de dicho término, ó lo necesitan más largo.

§ 351. **El Usatge «Omnes causæ» no exige buena fé.** — Es indudable la interpretacion dada á las palabras *causas buenas ó malas*, en el sentido de no exigir buena fé en la persona favorecida por la prescripcion para destruir la accion del verdadero dueño. La consignan todos los autores de derecho catalan (1) y la ha sancionado el Tribunal Supremo (2) dándole una gran extension, como se ha dicho al examinar la enfitéusis y se dirá al tratar del derecho de redimir en la *carta de gracia* y de otros puntos de las Obligaciones.

Al hablar de la prescripcion adquisitiva del dominio, dijimos que las cosas muebles se prescriben á los tres años si concurren las circunstancias que indicamos, en cuyo caso habrá la prescripcion extintiva respecto de que era dueño.

De la prescripcion de los derechos reales distintos del dominio, nos ocupamos al examinar cada uno de ellos. La de la hipoteca se regula por las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

§ 352. **De las otras causas de extincion del dominio.** — Se pierde el dominio por la voluntad, abandonándola. Se pierde contra la voluntad cuando la cosa perece, cuando otro la adquiere por especificacion ó accesion, y cuando recobra la libertad el animal fiero que hemos ocupado, ó el domesticado pierde la costumbre de ir y volver. Todos estos modos de extincion se regulan por las disposiciones del derecho romano.

Finalmente, se extinguen tambien el dominio, y las más de las veces todos los derechos reales existentes sobre la cosa cuando ésta se expropia por causa de utilidad pública, materia regulada por las novísimas disposiciones comunes á todos los territorios de España.

De propósito hemos omitido hablar del comiso, establecido en ciertos casos por el Código penal y las disposiciones administrativas.

---

(1) Entre otros Marquilles, Coment. al Usatge *Omnes causæ*, Nota 8.ª (fol. 382 vuelto).—Socarrats, *Coment. Petri Alberti*, Cap. *Si autem*, Núm. 11 (fol. 65).—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 15 Núm. 28.—Fontanella, *Decis.*, 75, N.º 16; *De pactis nup.*, Claus. V, Glos. 5.ª, Part. 2.ª, Num. 88.

(2) Sentencias de 23 de Setiembre de 1863; 9 de Mayo de 1865; 30 de Diciembre de 1867; 28 de Febrero de 1870, y 30 de Abril de 1872.

LIBRO TERCERO.

DE LAS OBLIGACIONES.

TÍTULO I.

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

CAPÍTULO 1.º

NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES: SUS EFECTOS.

SECCION 1.ª

DE SU NATURALEZA.

§ 353. **Disposiciones vigentes.**— En la legislacion romana se halla la naturaleza de las obligaciones y los principios generales que las regulan. Las disposiciones de la canónica han introducido algunas variaciones importantes, sancionadas por la jurisprudencia. Así en las obligaciones contractuales se atiende á la manifestacion de la voluntad de las partes de un modo mucho más lato que en Roma, y se dá fuerza civil al vínculo del juramento.

Prescindimos, pues, de explicar el carácter del derecho de las obligaciones y los efectos que éstas producen, advirtiendo que en la prestacion de la culpa admitimos los dos grados de lata y leve, por juzgarlos conformes al espíritu y letra de las disposiciones romanas.

§ 354. **Efecto propio de las obligaciones y de su incumplimiento.** — Tambien los efectos de las obligaciones son las previstos

en el derecho romano. Como no difieren de los establecidos por las leyes de Castilla. omitimos su exposicion y la indicacion de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo.

Segun el Art. 8.º de la Ley de 16 de Marzo de 1856, el abono de intereses cuyo importe no se haya pactado, en caso de demora se hará á razon del 6 por ciento.

SECCION 2.ª

DE LAS DISTINTAS CLASES DE OBLIGACIONES.

§ 355. **Derecho vigente.**—Tampoco en este punto hay variantes. En Barcelona y demás poblaciones que gozan del *Recognoverunt proceres*, segun el Cap. 8.º de este privilegio el beneficio de division corresponde á todos los deudores obligados *in solidum*, aunque renuncien á la *nueva constitucion*, es decir, á la Auténtica *Præsente tamen*, continuada á la Ley 3.ª, Cod., *Fidejusor et manda.*, VIII, 41, sacada del Cap. 1.º de la Novela IV de Justiniano, á no ser que los otros deudores estuvieren ausentes ó fuesen menesterosos ó insolventes. En consecuencia, para que dos ó más queden obligados *in solidum* debe renunciarse expresamente el beneficio que resulta de dicho capítulo, y así se hace diciendo: *Que renuncian á la Costumbre de Barcelona que habla de dos ó más que á solas se obligan.*

Segun el Cap. 11 del mismo Privilegio, la mujer que en los contratos de mútuo y depósito se obliga junto con su marido, no está obligada á pagar mientras basten los bienes del marido; y en su defecto, sólo por la mitad, aunque la mujer jurare y renunciare el beneficio del Senado Consulto Veleyano. Al tratar de la fiaduría, nos ocuparemos detenidamente de esta costumbre legal.

TÍTULO II.

DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES.

CAPÍTULO 1.º

PRINCIPIOS GENERALES.

SECCION 1.ª

PRINCIPIO GENERAL EN CATALUÑA, DANDO FUERZA Á CUALQUIER MODO DE OBLIGARSE.

§ 356. **Falta de disposiciones particulares.**—El derecho especial de Cataluña carece de disposiciones acerca este punto. Siendo el derecho canónico supletorio con preferencia al romano (1), á él deberemos acudir.

En el Lib. I de las Decretales de Gregorio IX, hay el Tít. 35 que tiene el epígrafe *De pactis*.

El Cap. 1.º está tomado del Concilio 1.º de Cartago, y manda observar los pactos (2).

El Cap. 3.º manda á los jueces que hagan cumplir las promesas (3).

El Cap. 13, *De judiciis*, II, 1, manda proceder contra los que no cumplan los pactos.

El 8.º declara que no produce obligacion el pacto torpe ó sobre cosa torpe, ó que contenga imposibilidad de derecho ó de hecho (4).

---

(1) Págs. 26 y 33 de la *Introduccion histórica*.

(2) *Pacta, quantumcumque nuda, servanda sunt.—Antigonus Episcopus dixit. Aut inita pacta suam obtineant firmitatem aut conventus si se non cohibuerit, Ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur.*

(3) *Judex debet studiose agere, ut promissa adimpleantur..—Qualiter in Sardinia studiose agendum est, ut ea quæ.promittuntur opere compleantur.*

(4) *Nam enim justa legitima sanctiones pactum turpe, vel rei turpis, aut impossibilis de jure, vel de facto, nullam obligationem inducit.*

El mismo epígrafe tiene el Tít. 18 del Lib. I del Sexto de las Decretales, cuyas disposiciones no formulan ningun principio, pero presuponen el de la observancia de los pactos.

El Cap. 11 de las Decretales de Gregorio IX, *De verborum significatione*, V, 50, define el pacto en los siguientes terminos: *Pactum dicitur inter partes ex pace conveniens scriptura, legibus de moribus comprobata: dictum pactum quasi ex pace factum.*

El jurisconsulto catalan Calderó (1), fundándose en estas leyes canónicas, sostiene la doctrina de la fuerza civil obligatoria del pacto nudo.

Además, en la práctica del foro y en los fallos de los Tribunales se ha interpretado extensiva y ampliamente el principio de *Pacta sunt servanda*, deducido de la Ley 1.ª proemio Dig. *De pactis* II, 14, que dice: *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt servare*, de tal modo que se considera admitido en Cataluña el principio consignado en la Ley del Ordenamiento de Alcalá, que forma la primera del Tít. 1.°, Lib. X de la Novísima Recopilacion, ó sea que de cualquier modo que el hombre entienda obligarse queda obligado (2).

Por consiguiente en Cataluña no existe diferencia esencial entre los contratos y los pactos. El cumplimiento de estos puede siempre exigirse por medio de accion. No obstante, el perfeccionamiento de algunas convenciones exige determinados requisitos, de tal modo que subsisten íntegramente las dos especies de contratos llamados, conforme á la legislacion romana, reales y meramente consensuales. Los literales se conservan, en parte, para el caso de un vale ó quirógrafo; mas han desaparecido los verbales que exigían la formalidad de la congruencia entre la pregunta y la contestacion pues en virtud de lo dicho, para crear un vínculo obligatorio basta el acuerdo de ambas partes, de cualquier modo que se manifieste y consigne.

SECCION 2.ª

DEL JURAMENTO PROMISORIO.

§ 357. **Fuerza del juramento en las convenciones.**—Están vigentes en Cataluña las disposiciones del derecho canónico, que sancionan y regulan los efectos del *juramento promisorio*, es decir, del prestado para corroborrar una promesa.

---

(1) *Decis.*, 27, N.° 22.

(2) Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1863, de 5 de Diciembre de 1864, 23 de Mayo y 31 de Octubre de 1866, 4 de Abril de 1867, 9 de Julio de 1868, 21 de Febrero de 1871, y 9 de Marzo de 1872 y otras.

Segun ellas, debe cumplirse el juramento añadido al acto de contraer una obligacion, aunque no esté reconocida por el derecho civil (1), siempre que se preste con libertad completa, discernimiento, verdad y justa causa, no siendo obligatorio el prestado á la fuerza (2), el que recaiga sobre actos ilícitos segun el derecho natural ó canónico (3), y el que perjudique ó tienda á perjudicar á tercera persona (4).

El juramento no obliga si la otra parte no cumple su compromiso (5).

El vínculo especial que forma el juramento cuando recae en actos no permitidos por la ley, está precisado en los Capítulos 6 y 7 de las Decretales de Gregorio IX, *De jurejurando*, II, 24. El primero dispone que se cumpla el juramento de pagar intereses, pero que el acreedor será obligado á restituirlos. El segundo previene que cuando un acreedor juró no imponer ningun gravámen al que le prestó una cantidad á interés, recibiendo una cosa en prenda, no puede reclamar ésta sin pagar íntegramente su deuda, alegando que los frutos percibidos por el acreedor deben descontarse de ella: despues del cumplimiento total, procederá una restitucion como en el caso anterior.

El Capítulo 18 del mismo título es de gran importancia. Precisando la fuerza del juramento promisorio, dice que no debe cumplirse cuando á sabiendas se presta sobre una cosa ilícita. Que si se juró ignorando la prohibicion del acto sobre que recaia, debe observarse siempre que haya algun término hábil para poderlo cumplir. Finalmente, dice, que si se juró sobre cosa lícita creyéndola ilícita, debe cumplirse el juramento sin perjuicio de la penitencia que corresponda.

Pero siempre que concurra en el juramento cualquiera de los vicios indicados, el que lo haya prestado necesita especial declaracion de la Iglesia, sobre la injusticia, fuerza, dolo, etc., pues nadie puede erigirse en juez de causa propia. Los Capítulos últimamente citados, al declarar la ineficacia del juramento en algunos casos que expresan, lo hacen con objeto de demostrar que habrá causa legítima para absolver del juramento *(tu quod egeras indiscrete, cupiens revocare, necessitate populi satisfacere, ab observatione juramenti prædicti postulati suppliciter a nobis absolvi)*. El Capítulo 1.° del mismo Título manda relajar el juramento prestado al comprometerse á pagar intereses. Los 8.° y 15 dicen que la

---

(1) Decretales de Gregorio IX, Cap. 13, *De judicat.*, II, 1.—Id., Caps. 6, 7, 10 y 28, *De jurejur.*, II, 24.—Cap. 2.°, *De pactis*, del 6.° de las Decretales, I, 18.—Cap. 3.° *De foro compet.*, Id., II, 2.—Cap. 2.°, *De jurejur.*, Id., II, 11.

(2) Caps. 8, 15 y 28, Decret., *De jurejur.*, II, 24.—Cap. 2.° del 6.° de las Decret., *De pact.*, I, 18.

(3) Caps. 2, 8; 12, § 1, y 21 y 28, Decret., *De jurejur.*, II, 24.—Véanse tambien algunos de los Caps. del Decreto de Graciano, 2.ª Parte, Caus. XXII, Quæst. 4.

(4) Caps. 19, 27, 28 y 33, Decret., *Eod.*

(5) Cap. 3, Decret., *Eod.*

Iglesia acostumbra absolver del juramento prestado con miedo. El 12 que deberá absolverse de la observancia del juramento de no socorrer al padre, madre ó hermano.

De estas disposiciones se deduce el principio de la necesidad de la relajacion del juramento *ad efectum agendi*, es decir, para formular alguna reclamacion ó alegar alguna ley ó un hecho en contradiccion al juramento prestado. Así se observa en Cataluña, y así lo declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 1.° de Diciembre de 1863, 21 de Diciembre de 1866 y 19 de Junio de 1868.

Si se hubiere promovido el juicio sin haber obtenido la relajacion del juramento y de este hecho se hace mérito en la demanda, se podrá pedir durante el juicio (1).

La relajacion se pide al Ordinario del domicilio propio, ó del lugar en que se celebró el contrato jurado; y para concederla no se oye á la otra parte, pues no destruye la obligacion sino que faculta para pedir la rescision de ésta (2). Se alega el dolo, fuerza, temor, falta de discernimiento, etc., que indujeron al otorgamiento del acto y la lesion que haya resultado; se ofrece una informacion sumaria que se recibe con audiencia del Fiscal eclesiástico, y al concederse la absolucion se impone una pena por *la facilidad de jurar* (3).

El juramiento crea un vínculo meramente personal; de ahi que no obligue á los herederos ó por otro concepto sucesores del que lo prestó. Así lo sostienen los canonistas (4), y así se ha observado en Cataluña (5). Pero tambien sobre este punto será necesario lograr especial declaracion de la Iglesia para poder accionar contra de lo roborado por el causante con el juramento, pues el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de Marzo de 1867, declaró que «no puede admitirse como cierta la »doctrina, mencionada por Vives con referencia á Cancer, de que los »nietos puedan pedir *ex-persona* el suplemento de la legítima que cor»respondiera á sus padres si viviesen, aun cuando éste haya renunciado »con juramento á toda otra cantidad que la percibida;» y en la de 22 »de Febrero de 1879 declaró «indispensable la relajacion del jura»mento por la autoridad eclesiástica para que los hijos puedan com»batir válidamente la renuncia jurada, hecha por su madre al derecho »de pedir suplemento de legítima».

---

(1) Peguera, *Praxis civilis.*, Rubri. 1.ª N.° 21 Vives, Nota 1.ª al Tit. 1.°, Lib. IV, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña*.

(2) Peguera, *Eod.*, Núms. 37 y 38.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 8.°, Ns. 77, 78 y 79.—Vives, *Eod.*

(3) Peguera, *Eod.*, Ns. 6 á 19.—Vives, *Eod.*—Castro, Discursos críticos sobre las leyes, Líb. IV, Discurso 2.°

(4) *De Legibus*, Tratat. *De juramento*, Lib. II, Cap. 21, Núm. 16.—Engel, *Collegium universi jur. canon.*, Lib. II, Cap. 24, Núm. 12, y las citas que hacen estos autores.

(5) Peguera, *Eod* N.° 28.—Cancer. *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 8, N.° 72.—Vives, *Eod.*

Demos ahora á conocer las doctrinas de los autores catalanes más importantes.

Cancer consagra al juramento un capítulo de la obra *Variarum resotionum* (1), y de él habla en otros. Dice que no suple la ignorancia de hecho, pero sí la de derecho, por ejemplo, la del Senado Consulto Veleyano que renuncie una mujer (2); que produce accion, como muchas veces declaró la antigua Audiencia, áun á favor de los ausentes ó que ignoren la promesa; por cuya razon suple la presencia de las partes (3); que en el caso de lesion enormísima se supone dolo, y por consiguiente puede pedirse la relajacion del juramento (4); que éste da fuerza á un acto no reconocido por el derecho civil: tal sucede en el caso de la Auténtica *Sacramenta puberum* (5); que da fuerza obligatoria á la confesion de una deuda superior á la que realmente existe, por presumirse el ánimo de donar (6); que la persona á cuyo favor se prestó el juramento, puede relevar de él antes de haber sido quebrantado; y que para pedir el beneficio de restitucion será indispensable obtener la relajacion (7).

El mismo autor dice que puede impugnarse, sin prévia relajacion, en los casos de falsa causa (8); mas no puede prescindirse de ella, ya que siendo la causa el móvil del contrato necesita la apreciacion del Tribunal eclesiástico.

Se ocupa tambien de las renuncias juradas, hechas por los que ingresan en religion (9).

Fontanella dice que el juramento sigue la naturaleza del acto que corrobora (10), y por consiguiente que no evita la prescripcion (11); que el juez eclesiástico no puede negar la absolucion del juramento recaido en un contrato que el derecho catalan reprueba (12); que el juramento no se extiende á lo ignorado, ni suple la ignorancia de hecho (13), pues sólo produce efecto cuando se ha prestado con pleno consentimiento (14), y que en las renuncias no debe extenderse á los casos particu-

---

(1) Part. 2.ª, Cap. 8, *De juramento*.

(2) *Eod.*, Ns. 44, 45 y 46.

(3) *Eod.*, Núm. 65 á 68 y Part. 1.ª, Cap. 8, Núm. 33.

(4) Part. 2.ª, Cap. 8.º, Núm. 74; Id., Cap. 1.º Núm. 266, y Part. 1.ª, Cap. 13, Números 21 y 22.—Véase Molino, *De rit. nup.*, Lib. III, Quest. 80, Núm. 27 y toda la Quest. 96; y Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IX, Part. 1.ª, Ns. 1, 2, 3 y 74.

(5) Part. 2.ª, Cap. 8.º, Núm. 89.

(6) *Eod.* Ns. 101 á 109.

(7) Part. 1.ª, Cap. 7.º, Núm. 22; Part. 2.ª Ns. 5 y sigs.

(8) Part. 2.ª, Cap. 8.º, Ns. 95 á 99.

(9) *Eod.*, Ns. 81 á 88.

(10) *Decis.*, 77. Núm. 19.—*Decis.* 397, Ns. 4 á 7.—*Decis.* 418, Ns. 4 y 5.

(11) *Decis*, 77, Núm. 18.

(12) *Decis.* 581, Núm. 25.

(13) *Decis.* 397, Ns. 1, 2, 3, 10 y 11.

(14) Id., Núm. 8.—*Decis.* 418, Núm. 6.

lares no expresados (1), limitándose á dar fuerza especial á la renuncia tal como la considera el derecho civil (2), y no comprendiendo un derecho futuro (3).

Molino, autor no ménos digno de estudio que poco conocido, habla extensamente del juramento promisorio en la obra *De ritu nuptiarum*.

Es traduccion de la doctrina canónica la Auténtica Fridericiana *Sacramenta puberum*, continuada en el Título 28 del Lib. II del Código, la cual dice: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiter custodiantur. Per vim autem, vel per justum metum extorta etiam á majoribus, (maxime ne querimonium malefeciorum commissorum faciat) nullius esse momenti jubemus.*

Esta Auténtica, recibida en el foro catalan en cuanto es compatible con la Constitucion de que se hablará en el § 360, debe interpretarse como los referidos capítulos de las Decretales.

§ 358. Disposiciones del derecho catalan sobre el juramento.—Las canónicas y la doctrina de los autores catalanes, tienen algunas limitaciones.

La Pragmática 1.ª (4) del Tít. 4 *De notaris*, Lib. IV, Vol. 2.°, en atencion á los frecuentes perjuicios que se cometian prohibía á los notarios, bajo pérdida de su oficio, que extendiesen escrituras, con intervencion de juramento, en los contratos de mútuo depósito y comanda.

La 2.ª (5) del mismo Título, dispone que la anterior no se extienda á los juramentos que segun el derecho ó costumbre deben prestar las mujeres casadas que se encarguen de obligaciones agenas, ni tampoco á los que presten menores púberes sobre los contratos que han de observar inviolablemente.

La Real provision de 8 de Junio de 1739 (6), facultó á los notarios para *continuar la cláusula del juramento siempre que para su validez lo requiera cualquier contrato*, con arreglo á lo prevenido en las Leyes 11, Tít. 1.°, Lib. IV, de la Novísima Recopilacion (7).

Gibert (8) dice que el juramento comunmente sólo se continúa y permite, además de los casos expresados en la citada Pragmática 2.ª, en los compromisos, dote, compra-venta, donacion y otros contratos

---

(1) *Decis.* 418, Núm. 7.—*Decis.* 397, Ns. 9 y 10.

(2) *Decis.* 400, Núm. 21.

(3) *Decis.* 408, Ns. 2 y 3.—Habla de ello al sostener que la renuncia de herencia, hecha en capitulaciones matrimoniales no comprende la renuncia de la legítima.

(4) De Jaime II, en 31 de Mayo de 1302.

(5) Del mismo, en 5 de setiembre de 1302.

(6) Inserta por Vives en la pág. 348 del Tomo 1.° de la primera edicion de su obra.

(7) Es la 6.ª del Tít. 1.°, Lib. X de la Novísima.

(8) *Theorica artis notariæ*, Part. 1.ª, Cap. 3.°, Tit. 1.°, Nota 1.ª

de enagenaciones, en los cuales se trasfiere el dominio. En los §§ 64 y 68 hablamos del juramento continuado en las capitulaciones matrimoniales; en el 119 del prestado por la hija que recibe una dote y renuncia á reclamar cualquier derecho que le correspondiera sobre los bienes de sus padres; y en el 124 del prestado por la mujer en la enagenacion de bienes dotales.

La Constitucion 6.ª (1) del Tit. 31 (*Del dret emphiteotich*) Lib. IV, Volúmen 1.º «para precaver los muchos desórdenes y fraudes que se »hacen á los señores directos de las propiedades y honores enfitéuticos »y feudales, dispone que ningun notario pueda, ni le sea lícito ni »permitido, recibir ni testificar actos algunos de ventas á carta de gra»cia ó de redimir, ni de donaciones, arrendamientos, alquileres, hi»potecas, *encargamientos*, permutas ó cambios ú otras cualesquiera »enagenaciones, sin que hayan tomado juramento á los contratantes »de si hacen aquel contrato para defraudar los laudemios, foriscapios, »tercios, fadigas, ú otros derechos pertenecientes á dichos señores »directos, debiendo los notarios hacer mencion, en alguna cláusula de »dichos documentos, de haberse prestado este juramento por los con»trayentes ó por sus representantes, sin que sea lícito ni permitido á »los notarios hacer lo contrario, bajo pena de pagar los laudemios, »tercios y foriscapios; y los dichos contrayentes que contraviniesen, »incurran en la pena de laudemio, foriscapio ó tercio duplicado; pla»ciendo á S. M. que se observe este capítulo, bajo pena de veinte y »cinco ducados para el notario contraventor y otros al arbitrio del juez »que conociere del asunto, que se aplicarán al Real Tesoro.»

Sobre el juramento que corroborando obligaciones presten los menores, existe la disposicion referida en el § 361.

Puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1872, que confirma la doctrina canónica.

SECCION 3.ª

DE LAS ANTIGUAS ESCRITURAS DE TERCIO.

§ 359. ¿Qué erán? — Eran un medio de dar fuerza coercitiva á un contrato.

Consistian en la cláusula, puesta en la escritura de otorgamiento de un contrato, imponiendo á la parte que no lo cumpliese la pena del pago de una tercera parte (*tercio*) á favor del fisco. Si llegado el caso el contraventor no la hacia efectiva, debia ser encarcelado como deudor del fisco.

Se nombraban recaudadores de los *tercios* ó se arrendaba su percep-

(1) Cárlos, en las terceras Córtes de Monzon, año 1537, Cap. 29.

cion, y el recaudador ó arrendatario cuando habia finido el plazo señalado en la escritura para el cumplimiento de la obligacion, exigia la prueba de haberse verificado, ó de haber concedido el acreedor una próroga al deudor: de no presentarse, pedia á los Tribunales la aplicacion de la pena.

Abolida la prision por deudas, desapareció cuanto se referia á los *tercios*. La fuerza ejecutiva que daban á la obligacion, al par que la derivada de la cláusula llamada *guarentigia*, fueron sustituidas por la que la Ley de Enjuiciamiento civil concede á ciertos modos de constar la deuda.

CAPÍTULO 2.°

DE LOS REQUISITOS INTRÍNSECOS DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES.

SECCION 1.ª

DE LA CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

§ 360. **Base fundamental: derecho romano.**—Los principios fundamentales de la capacidad para contratar y obligarse, son los del derecho romano.

§ 361. **Capacidad de los menores.**—La Constitucion 1.ª (1) del Título 11 *(De menors.)*, Lib. II, Vol. 1.° «Para evitar los desórdenes come»tidos por muchos jóvenes que para jugar y otros motivos deshonestos »tomaban censos vitalicios y contraían otras obligaciones, destruyendo »su patrimonio, dispuso que los menores de 25 años no casados, y »aunque fueren emancipados, no puedan celebrar contrato alguno sin »el consentimiento y firma de su padre (2); y si lo otorgaren, será nulo »de hecho, quedando suspendida la autoridad del notario para que »los contratos contra dicha Ley sean habidos por escrituras privadas, »y no se puedan corroborar con juramento (3).»

Los términos generales de esta disposicion la hacen extensiva á los antiguos peculios castrense y cuasi castrense; asi lo sostiene Fontanella (4), fundándose, además, en que dicha Ley no concede un

---

(1) Fernando II, en las Córtes de Monzon, año 1510, Cap. 57.

(2) Si el hijo fuere emancipado, el padre tendrá la consideracion de curador legal.

(3) Por la segunda del mismo Título se hizo extensiva esta Constitucion á los hijos de familia mayores de 25 años. Hoy, á esta edad, dejan de ser hijos de familia, pues se emancipan legalmente.

(4) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 7.ª, Part. 3.ª, Ns. 41 á 54.

beneficio al padre que pueda compararse al usufructo ú otro cualquier derecho que tenga sobre los bienes del hijo, sino que trata de evitar fraudes y proteger al débil, al par que comprende á los hijos emancipados sobre cuyos bienes el padre no tiene derecho alguno; por cuyas razones no puede admitirse la opinion de Cancer (1), quien se contradice al hablar del doctor en leyes menor de edad (2).

Este autor dice (3) que dicha Constitucion no impide que el hijo menor de edad no acepte la donacion que se le haga, pues no se trata de una obligacion contraida por el hijo.

Dicha Constitucion no deroga las disposiciones del Senado Consulto Macedoniano que la completan.

En el § 54 dijimos que en contra de algunos fallos de la Audiencia de Barcelona, dados desde 1814 y aludidos por Vives, el Tribunal Supremo, en las sentencias de 15 de Enero de 1862 y 11 de Diciembre de 1866, declaró muy acertadamente que las Leyes de Toro referentes á las facultades del esposo mayor de diez y ocho años en los bienes de la mujer no tienen aplicacion á Cataluña, como ha declarado respecto á otras Leyes de Toro. En el mismo párrafo manifestamos que no son aplicables á Cataluña los artículos de la Ley de Matrimoñio civil relativos al mismo objeto.

Los límites de estas Instituciones no consienten que expongamos los efectos de las obligaciones contraidas por los menores impúberes mayores de siete años y por púberes, que no tienen tutor ó curador, ó que lo verifican sin la intervencion de estos. Se observa el derecho romano (4).

De los efectos del juramento prestado por un menor púber en conformidad á lo dispuesto en la Auténtica *Sacramenta puberum*, hablamos al tratar del juramento promisorio en general.

Del beneficio de restitucion nos ocuparemos en el capítulo destinado á la exposicion de los modos de disolverse las obligaciones.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de Noviembre de 1860, declaró: que en Cataluña para la validez de un convenio sobre traslacion de dominio de bienes inmuebles, celebrado por un menor sin llenar los requisitos legales aunque sea casado y tenga la administracion de su caudal, es necesario que lo ratifique cuando llegue á la mayor edad, siendo contrario á la Ley 3.ª, Dig. *De minoribus*, IV, 4. La presuncion de estar ratificado dicho convenio por el hecho de haber

---

(1) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 1.º, Ns. 176, 177 y 178.

(2) *Eod.*, Ns. 307 y 308.

(3) *Eod.*, Ns. 128, 129 y 130.

(4) Para el conocimiento exacto de los principios deducidos de sus leyes, recomendamos la obra de Molitor, *Cours de Droit Romain approfondi.*

dispuesto el menor, siendo ya mayor de edad, de algunos de los bienes que por consecuencia de aquel acto se le adjudicaron,

En sentencia de 20 de Octubre de 1866 declaró: que á tenor de la Pragmática 1.ª del Tít. 11, Lib. II, Vol. 2.º, de las Constituciones de Cataluña, de la Ley 11, Dig. *De rebus eorum qui sub tutela*, XXVII, 9, de las Instituciones *De auctori tutor.*, I, 21, y de la Ley 17, Tít. 6, Partida VI, cuyas disposiciones se completan entre sí, es doctrina legal admitida por los tribunales que los menores impúberes que no tienen padre ni curador pueden obligarse válidamente, surtiendo estas obligaciones sus efectos, salvo el beneficio de restitucion *in integrum* que se les concede para reparar el daño que hubiesen sufrido. Declaró tambien válida la obligacion contraida por el menor que supone maliciosamante ser mayor de edad, segun la Ley 2, Cod. *Minor si major se dixerit*, II, 43, y la 6.ª, Tít. 19, Part. VI.

§ 362. **Capacidad de las mujeres casadas.**—Sobre este punto véanse los capítulos de los *Parafernales* (1) y de la *Fiaduría.*

SECCION 2.ª

DE LA CAUSA, OBJETO Y EFECTO DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES, Y DE SU INTERPRETACION.

§ 363. **Derecho vigente sobre estos puntos.**—Lo está el romano, completado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no presenta variantes esenciales en lo que se refiere á Cataluña.

CAPÍTULO 3.º

DEL MÚTUO.

§ 364. **En general se regula por el derecho romano.**—En Cataluña el contrato de mútuo está regulado por las disposiciones romanas, pero deben notarse algunas disposiciones que lo completan ó modifican.

§ 365. **Préstamo á los labradores que debe satisfacerse en frutos.**—Aunque no sea verdaderamente un mútuo, pero es oportuno hablar de él. La Pragmática de 11 de Julio de 1765 (Art. 8.º) dispone que si los labradores se obligasen á pagar sus deudas en grano al tiem-

(1) Pág. 145.

po de la cosecha, se regulará su precio por el corriente en la cabeza de partido en los quince dias antes ó despues de Ntra. Sra. de Setiembre, segun lo estipulen.

§ 366. **En los préstamos puede pactarse cualquier interés.** —La Ley de 14 de Marzo de 1856, que abolió la tasa del interés, permite estipular el que las partes quieran, asi en los préstamos en dinero como en los de cosas fungibles; pero declara nulo este pacto si no consta por escrito. Tambien dispone que el recibo del capital dado por el acreedor sin reserva del derecho á los intereses estipulados, extingue la obligacion del deudor respecto á ellos.

Si no se pactan intereses, no se deberán más que los legales desde el dia en que haya mora.

§ 367. **Prohibicion de añadir juramento al contrato de mútuo.—Excepcion.**—Reproducimos lo dicho en el § 358 sobre las Pragmáticas 1.ª y 2.ª del Tit. 4.°, Lib. IV, Vol. 2.° de la Compilacion legal de Cataluña.

§ 368. **Prohibicion de prestar á los hijos de familia.**— Las disposiciones del Senado Consulto Macedoniano (1) completan la Pragmática 1.ª del Tit. 11, Lib. 2, Vol. 2.°, de que hablamos en el § 361.

§ 369. **Prueba del mútuo por la confesion escrita.—«Exceptio non numeratæ pecuniæ».**—La legislacion romana concedió al demandado por razon de un préstamo, que dentro de dos años pudiese oponer la excepcion *non numeratæ pecuniæ* cuando aquel constare en documento privado que suscribió. Al demandante corresponde la prueba de que realmente se entregaron las especies (2).

Dicha escepcion compete tanto para impugnar la deuda consignada por el actor como para negarla en parte (3); pero no puede utilizarse: 1.° cuando con posterioridad á la firma del quirógrafo se ha reconocido la certeza de la entrega de las cantidades, bastando al efecto el pago parcial de la suma que consta en el quirógrafo (4), pero nó la constitucion de la fianza (5), á no ser que contenga un reconocimiento hecho con posterioridad á la firma del quirógrafo; 2.° cuando se suscribió el documento á favor de un banquero *(argentarius)* (6); 3.°

(1) Cod. *Ad S. C. Maced.*, IV, 28.—Dig. *Eod.*, XIV, 6.

(2) Leyes 3, 4, 7, 8, 13 y 14, y Auténtica *Contra*, Cod. *De non num. pecun.*, IV, 30.— Auténtica, *Si quis vult*, Cod. *Qui potiores*. VIII, 18.—Inst., *De littera obligat.*. III, 22.

(3) Leyes 2 y 9, Cod. *De non num. pecun.*, IV 30.

(4) Ley 4, Cod. *Eod.*

(5) Leyes 1 y 3, Cod. *Eod.*

(6) Novela 136, Cap. 5.°

cuando se hubiere renunciado aquella excepcion (1), en cuyo caso dicen los autores catalanes que el demandado podrá oponerla como excepcion ordinaria, incumbiéndole la prueba de no haber recibido las especies.

Transcurridos los dos años sin haber opuesto la excepcion ni deducido la oportuna demanda para que en juicio se declare aquella falta de entrega, ni hecho la protesta que permiten las mismas leyes romanas, sólo queda el medio de utilizar el beneficio de la restitucion por entero cuando concurra alguna de las causas generales previstas en aquella legislacion.

CAPÍTULO 4.°

DEL COMODATO.

§ 370. **Disposiciones vigentes.**—Son las romanas.

El Capítulo único de las Decretales de Gregorio IX, *De commodato*, III, 15, dispone: 1.° Que el comodatario presta toda culpa *(quis commodatum accepit, de levissima etiam culpa tenetur)*, pero que no es responsable del caso fortuito á no haber sido ocasionado por su culpa, haberlo asumido por pacto, ó acontecer cuando estuviera en mora; y 2.° Que contra el que no usa debidamente de la cosa dada en comodato, sólo compete accion cuando éste haya terminado.

CAPÍTULO 5.°

DEL PRECARIO.

§ 371. **Disposiciones canónicas.**—En las Decretales de Gregorio IX existe el Título *De precariis*, III, 13.

El Capítulo 1.° dispone que el precario se renueve cada cinco años, como ya disponia el Decreto de Graciano.

El 3.° dispone que el precario dure tanto tiempo como quiera el concedente. Que se disuelve por el fallecimiento de la persona á quien se concedió, pero nó por el concedente; y por la enagenacion de la cosa hecha por el segundo, disposicion conforme á la de la Ley 8.ª, § 2.°, *Dig. De precario*. XLIII, 26

El Decreto de Graciano en la 2.ª Parte, Causa X, Quæst. 2.ª y en la XII, Quæst. 2.ª, contiene algunas disposiciones sobre el precario de las cosas pertenecientes á la Iglesia.

(1) Los tratadistas lo deducen de la Ley 16, Cod. *Eod.*

La reforma hecha por la Ley de 18 de Junio de 1877 en el Art. 637 de la de Enjuiciamiento Civil, hizo extensivas al precario las disposiciones de ésta sobre la procedencia del juicio especial de desahucio.

Para todo lo demás, se acudirá á las disposiciones de la legislacion romana.

CAPÍTULO 6.º

DEL DEPÓSITO.

§ 372. **Disposiciones vigentes.**— La nocion de este contrato, su desenvolvimiento y especies deben buscarse en la legislacion romana.

El Capítulo 2.º de las Decretales de Gregorio IX, *De deposito*, III, 16, presume mala fé en el depositario cuando se perdieron las cosas depositadas, salvándose las propias *(Bona fides a abesse præsumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amicisti)* (1).

El mismo Capítulo, confirmando y aclarando las leyes romanas, dispone: 1.º Que el depositario responderá por culpa leve cuando el depósito se hubiere hecho á su peticion ó recibiese alguna remuneracion por su custodia. En este último caso, segun el derecho románo no habia contrato de depósito, sino uno innominado *do ut des*. 2.º Que en virtud de pacto no sólo esté obligado á indemnizar las consecuencias de su culpa ó *mora*, sino tambien las del caso fortuito. 3.º Que el depósito puede revocarse por la libre voluntad del deponente y por consiguíente si se pactase un plazo se entenderá fijado en beneficio del mismo, y sólo el depositario deberá cumplirlo. 4.º Que éste no puede demorar la restitucion de las cosas depositadas, ni en virtud de compensacion ni de cualquiera otra deduccion, porque si bien en los contratos se atiende á la buena fé y se permite utilizar la compensacion, no puede ser asi cuando sea fácil cometer un fraude.

La Pragmática 1.ª del Tit. 4.º, Lib. IV, Vol. 2.º de la Compilacion de Cataluña prohibe á los notarios que autoricen escrituras sobre contratos de depósito con intervencion de juramento, bajo las penas que se refirieron en el § 358.

§ 373. **Depósito judicial.**— La Ley de Enjuiciamiento civil ha derogado las disposiciones sobre los depósitos de cosas, contenidas en el Tit. 35, *(De deposits)* Lib. IV, y en el Tit. 14, *(De depositaris)* Lib. VII, del Vol. 1.º de la Compilacion catalana. Las obligaciones del depositario judicial son las establecidas en el derecho romano.

---

(1) Los canonistas interpretan esta disposicion, diciendo que se presumirá dolo ó mala fé si las cosas propias no eran más preciosas que las depositadas.

El depósito de personas se rige por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil.

§ 374. **Del secuestro.**—En el cuerpo del derecho canónico existen varias disposiciones sobre el secuestro, de las cuales está vigente el Capítulo 2.° de las Decretales de Gregorio IX, *De secuestratione possessionum et fructuum*, II, 17, segun el cual el secuestrador debe restituir los frutos de la cosa secuestrada que se hubiere apropiado.

CAPÍTULO 3.°

DE LAS COMANDAS.

§ 375. **¿Qué era la comanda?**—Aunque la comanda, por ser un contrato mercantil, desapareció con la publicacion del Código de Comercio, como fué una institucion esencialmente catalana y se cita con frecuencia en la compilacion legal y por los tratadistas, haremos de ella una sucinta reseña.

Para darla á conocer con precision, trascribiremos la fórmula de contratacion que dá Comes en su obra de notaría (1).

«Ego T. cognosco vobis T. præsenti, quod ad meas omnimadas vo»luntates habui, et recepi a vobis et teneo in vestram puram comman»dam ad mercandum mille libras Barcinon. Et ideo renuntiando, etc. »Convenio, et promitto vobis, quod cum dictis mille libris, simul cum »pecunia, et rebus meis mercabo, negotiabo, et perquiram in quibus»vi mundi partibus emendo, vendendo, mutando res, et merces quas»cumque, quæ mihi utiles videbuntur, et eas portando, mittendo, et »trasmittendo per mare, terram, et aquam dulcem semel, et pluries »faciendo, arriscando, et inhibendo, prout mihi videbitur, et placebit. »De lucro vero, quod Dominus Deus dederit in predictis habebam »quartam partem et vos residuas tres partes, simul cum dicto vestro »capitali: quod quidem capitale vestrum semper sit maneat, et stet ad »vestrum; et non meum riscum, periculum et fortunam. Promittens »vobis, quod in prædictis bène, et fideliter me habebo utilia pro viri»bus procurando, et reliqua rationum restituam quoties inde à vobis, »seu pro vobis fuero requisitus, sine dilatione, etc.»

Este contrato participaba, pues, de la naturaleza del depósito y de la sociedad.

D. Jaime I en la Pragmática expedida el 12 de Agosto de 1271, inserta en el Título 15 (*De actions*), Lib. IV, Volúmen 2.°, prevenia

(1) *Viridarium artis notariatus*, Tomo II, Cap. III, § 5, N.° 7.

que la viuda del que murió en viaje no pueda retener la comanda que éste recibió por razon de esponsalicio, debiendo restituirla si se probare la entrega por medio de escritura pública ó de testigos suficientes.

Ampliando esta disposicion, el Capítulo 69 del *Recognoverunt proceres* prevenia que la mujer ú otro acreedor del que tomó las cosas en comanda para un viaje no pueda, por razon de esponsalicio ó de otro motivo, pedir ó embargar las mercancías que se llevaron en dicho viaje, hasta que se hubiesen restituido las cosas dadas en comanda ó se hubieren indemnizado entregando mercancías compradas con el dinero que de aquellas se obtuvo.

Segun el privilegio concedido por D. Jaime I á la ciudad de Barcelona en 5 de Mayo de 1259, y contenido en el mismo Título 15, Lib. IV, Volúmen 2.°, los mayores de 14 años que tuvieren cosas dadas en comanda para un viaje debian reclamarlas dentro de diez años de haber regresado á Barcelona el que las recibió.

Basta lo dicho para formarse una idea de lo que era el antigno contrato de comanda; omitimos otras disposiciones de menor importancia.

SECCION 6.ª

DE LA PRENDA.

§ 376. Se observa el derecho romano. — Disposiciones del derecho catalan y de las Decretales. — Segun la Pragmática de D. Jaime I (1) del Tit. 6.° (*De usuras*), Lib. IV, Vol. 2.°, los frutos que se perciban de la cosa recibida en prenda deben imputarse en la cantidad que representa el crédito, lo cual está conforme á lo dispuesto en las Decretales (2); pero hoy, que merced á la ley de 14 de Marzo de 1856 existe completa libertad en la estipulacion de intereses, podrán aplicarse á los que vayan venciendo, segun el valor de los primeros é importe de los segundos.

De la prohibicion del pacto de anticresis, hablamos en el § 344.

CAPÍTULO 4.°

DE LA COMPRA-VENTA.

SECCION PRELIMINAR.

§ 377. Escasas disposiciones del derecho catalan: derecho romano. — Escasas son las disposiciones sobre este contrato conteni-

---

(1) Dada en 6 de Julio de 1242.

(2) Decretales de Gregorio IX, Cap. 6.—*De Pignor.*, III, 21, Caps. 1 y 2; *De usuris*, V, 19.

das en la Compilacion legal de Cataluña. En general están vigentes las del derecho romano. Respecto á la venta de cosas sagradas, religiosas, etc., deben observarse las del derecho canónico.

SECCION 1.ª

PERSONAS QUE NO PUEDEN CELEBRAR ESTE CONTRATO, Y COSAS SOBRE LAS QUE NO PUEDE RECAER.

§ 378. **Prohibicion relativa á los que ejercen jurisdiccion.** —La Constitucion 8.ª (1) del Tit. 67 *(De cosas)*, Lib. I, Vol. 1.º ordena que ningun veguer (2), baile (3) ú otro empleado (4) no pueda comprar ni hacer comprar rentas del lugar en que ejerza su cargo, ni tener parte en ellas.—Mières dice que esta disposicion se refiere á los arriendos de rentas, y por esto comprende á los bailes, que no eran de nombramiento del monarca.

La Constitucion 10 (5) del mismo Título prohibe que ningun empleado del monarca que tenga jurisdiccion pueda comprar bienes inmuebles de persona que esté bajo su jurisdiccion, ni muebles que se vendan judicialmente, añadiendo la 11 (6) que no puedan hacer comprar dichos bienes, ni haber parte en la compra, ni hacer fraude alguno en ello.

La 25 (7) prohibió á los doctores del Real Consejo (magistrados de la Audiencia), asesores de la Bailía general y á cualesquiera otros empleados reales, la compra, por sí ó por terceras personas, de tierras, viñas, olivares ó cualquiera propiedad que se venda por ejecucion, y de cosas litigiosas.

§ 379. **Prohibiciones contenidas en la Novísima Recopilacion.**—Segun las Leyes 4.ª, Tit. VI, Lib. IX, y 4.ª Tit. XII, Lib. X de la Novísima, los subastadores no pueden comprar por sí ni por tercera persona los bienes que subastan, ni los ropavejeros cosa alguna en las almonedas.

Segun las leyes 17, Tit. 1.º, y 1.ª Tit. 7, Lib. X, los hijos de familia (8)

---

(1) Jaime II, en las segundas Córtes de Barcelona, año 1299, Cap. 12.
(2) Funcionario del órden judicial.
(3) Id. administrativo.
(4) La Constitucion dice *official.*
(5) El mismo D. Jaime II, en las mismas Córtes, Cap. 22.
(6) El mismo D. Jaime II, en las Córtes de Lérida, año 1301; Cap. 8.º
(7) De Felipe II, en las primeras Córtes de Barcelona, año 1599, Cap. 49.
(8) Hoy menores de edad § 361, Nota 3.ª Véase la *Constitucion* 1.ª del Tit. 11, Lib. II, Vol. 1.º

y menores que tengan tutor ó curador, no pueden comprar ni tomar al fiado sin licencia de sus guardadores. Tales contratos y las fianzas y seguridades dadas para su cumplimiento, son nulas. Tambien lo son las ventas al fiado hechas á mayores de edad, ó menores que no tengan curador, para pagar cuando se casen ó adquieran alguna herencia.

Las Leyes 6 y 8 del Tít. 12, Lib. X, prohiben comprar á los aprendices, mancebos y á otros dependientes oro, plata, pedrería, ni cosas de comer ú otras de servicio, ó alhajas de uso.

Los géneros estancados, venenos y medicamentos sólo pueden venderse por las personas legalmente autorizadas (1).

§ 380. **Prohibicion de vender el derecho de querella.**— La Constitucion 2.ª (2) del Tit. 9 *(Que no sie licit cessionar o transferir alguna cosa en altres mes potents)* Lib. II, Vol. 1.º, prohibia vender, dar, ceder ó transferir la instancia ó querella que por cualquier motivo competa por daño ó injuria.—El Art. 280 del Código penal expresa taxativamente las personas que pueden ejercitar las acciones de calumnia ó de injuria, y por consiguiente no permite cesion alguna como previene el Art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Además existe el Tít. *De compra y venda*, que es el 19 del Lib. IV, Vol. 1.º (3); pero sus disposiciones carecen de aplicacion. Tambien fué derogada (4) la Pragmática de Alfonso III contenida en el Tít. 5.º Lib. IV, Vol 2.º, que prohibia vender en yerba, trigo, avena y otros cereales.

SECCION 2.ª

FORMALIDADES QUE EXIGEN ALGUNAS VENTAS.

§ 381. **La compra-venta de inmuebles debe consignarse en escritura pública.**— Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, fundándose en varias leyes recopiladas. Pero el mismo Tribunal, en multitud de sentencias referentes así á los territorios donde rigen las leyes de Castilla como á Cataluña, ha declarado que dicha prevencion

---

(1) Tít. 19, Lib IX, Ley 1.ª, Tit. XL, Lib. VII de la *Novis. Recop.*—Ordenanzas de Farmacia de 1804.

(2) Cárlos en las terceras Córtes de Monzon, año 1537, Cap. 14

(3) Contiene el Usatge *Christiani*, que imponia penas á los cristianos que vendian armas á los sarracenos: el Usatge *Statuimus quod aliquis*, prohibiendo á los clérigos dar, vender, obligar ó hacer establecimiento perpétuo, ó de otro modo enagenar sin permiso del Príncipe, y cinco *Constituciones*, completamente derogadas por las disposiciones generales del Reino.

(4) Por el Art. 8.º del Decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813.

es sólo una formalidad dictada en interés público, independiente de la voluntad de los contrayentes, envolviendo la consecuencia necesaria del recíproco é ineludible deber de éstos á prestarse al otorgamiento de la escritura (1). En las aludidas sentencias se consigna que para la perfeccion del contrato de compra-venta, y por tanto para que sea obligatorio á las partes, basta que estas convengan sobre la cosa y el precio.

En un caso el otorgamiento de la escritura será condicion esencial y, mientras no se realice, suspensiva de la perfeccion del contrato; ó sea cuando las partes convengan expresamente en ello, á tenor de lo dispuesto en la Ley 17 del Código *De fide instrument.*, IV, 21 (2) y en el proe. Instit. *De emptio. et vendit.* III, 24.

No consignamos las fechas de las sentencias en las cuales se hacen las declaraciones sobre ambos extremos, porque se hallan en todos los repertorios y en todas las obras que dan cuenta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SECCION 3.ª

DEL PRECIO.

§ 382. **Requisitos que ha de tener el precio.**— El derecho canónico confirma las tres cualidades de verdad, certeza, y de consistir en dinero, que exigen las disposiciones romanas.

Segun las Leyes 36, 38 y 55, Dig. *De contr. empt.* XVIII, 1.°, y las 3 y 9 del Código *Eod.* IV, 38, declaran que cuando el precio sea insignificante habrá donacion, aunque las partes califiquen de venta el contrato.

El Art. 38 de la Ley Hipotecaria dispone que no se anularán ni rescindirán las ventas en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si en la inscripcion no consta haberse aplazado el pago.

§ 383. **Rescision por lesion.** — En las Decretales de Gregorio IX existen los Capítulos 3.° y 6.° *De emtione et venditione* III, 17, los cuales disponen que cuando haya lesion por ser el precio menor de la mitad del justo de la cosa vendida, el vendedor podrá exigir del comprador que le pague la diferencia entre el precio recibido y el justo valor (*In arbitrio emptoris est, si velit, supplere iustum pretium, aut venditionem rescindere)* sin que pueda pedirse uno solo de estos extremos.

Estas disposiciones están conformes á las de las leyes romanas. Unas

---

(1) Sentencias de 27 de Mayo de 1856 y de 13 de Marzo de 1875, recaidas en juicios de Cataluña.

(2) Citada en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1863.

y otras hablan sólo de bienes raices, y no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que decida la cuestion de si comprenden tambien los bienes muebles; teniendo en consideracion el espíritu general de equidad de las disposiciones canónicas, opinamos por la afirmativa.

El expresado Tribunal, en sentencia de 8 de Marzo de 1865, declaró procedente la rescision del contrato de venta con arreglo á las Leyes 2.ª y 8.ª Cod. *De rescindenda venditione*, por lesion en más de la mitad, aunque no exceda de las dos terceras partes del justo precio de la cosa vendida.

Al tratar de la rescision en general de los contratos onerosos por causa de lesion, haremos otras indicaciones.

SECCION 4.ª

RECLAMACION POR UN TERCERO DE LA COSA VENDIDA, Y DE LA EVICCION.

§ 384. Disposicion especial del « Recognoverunt proceres» sobre la reivindicacion de la cosa vendida. — En Barcelona y demás poblaciones donde se observa el *Recognoverunt proceres*, segun el Capítulo 24 de este privilegio no se puede reivindicar la cosa del poder de aquel que la compró por medio de corredor público y públicamente. Cancer (1) dice que este precepto no debe aplicarse cuando el comprador sabia que la cosa no era del vendedor; que debe extenderse al caso de permuta, y que no impide al acreedor hipotecario dirigirse contra la cosa vendida. Fontanella (2) opina que no se aplica á los inmuebles, y que comprende las cosas hurtadas cuando el comprador ignoró esta circunstancia (3).

La Ordinacion 52 de la Parte primera de las Costumbres *d' en Sancta Cilia*, dispone que el vendedor de una casa manifieste la servidumbre no aparente que presta á la del vecino; debiendo en caso de no hacerlo, indemnizar al comprador en cuanto peritos determinen que la servidumbre disminuye el valor de la propiedad.

En todo lo demás rigen las disposiciones romanas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de Diciembre de 1864, declaró que las Leyes 18, § 1, Dig *De pericul. et commod.*, y 24, Cod. *De evict.* únicamente consignan el derecho que asiste al comprador para exigir del vendedor fiadores idóneos que le estén obligados á la eviccion, si ántes de satisfacer el precio le fuese movido pleito sobre la cosa vendida.

---

(1) *Var. resol.*, Parte 2.ª, Cap. 1, Ns 20 á 24.
(2) *Decis.* 218, N.º 13.
(3) *Decis.* 219, Ns. 3 á 8.

En sentencia de 29 de abril de 1867 declaró que cuando la venta se hace al precio de un tanto por medida y nó en globo ó en conjunto, no es aplicable la Ley 44, Dig. *De evict.* que declara el derecho del comprador de una finca vendida con límites señalados á que el vendedor le eviccione lo que pierda dentro de los mismos, áun quedándole la medida expresada en el contrato.

En las Decretales de Gregorio IX existe el Capítulo 7.° *De emtione et venditione*, III, 17. Dispone que el comprador no podrá dirigirse contra el vendedor para que responda en virtud de eviccion, si no pidió su citacion al promoverse el juicio (1), ó se ha dejado condenar en su rebeldía, ó consintió la sentencia manifiestamente injusta.

SECCION 5.ª

DE LAS ARRAS.

§ 385. **En Cataluña son parte del precio.**—Aunque pueden entregarse arras para asegurar el cumplimiento de cualquier contrato, son más frecuentes en el de compra-venta.

Si bien con arreglo á las disposiciones romanas pueden entregarse ántes de la perfeccion del contrato para compeler á verificar la venta, comunmente se entregan despues de perfeccionado, de tal modo que la prueba de este hecho acredita la existencia del contrato de compraventa (2). En Cataluña las arras son parte del precio, como lo indica el nombre de *paga y señal* con que vulgarmente se las designa.

§ 386. **Efecto que producen.**—Segun la Ley 17, Cod. *De fide instrument*, IV, 21, y el Proe. Inst. *De emptio et vendit.*, III, 24, si el contrato dejare de cumplirse por culpa del comprador, perderá las arras; si fuere por culpa del vendedor, las habrá de devolver con otro tanto, lo cual procederá aunque se hubiese pactado que el contrato se reduciria á escritura.

No producirán otro efecto cuando se dieren antes de la perfeccion

(1) El Sr. Falguera, en la nota (b.b.) á la obra de Gibert, dice que los antiguos notarios solian poner en las escrituras de venta la cláusula que llamaban de *eviccion pactada*, en cuya virtud el comprador no debia avisar al comprador que se le habia movido pleito sobre la propiedad de la cosa; pero que desde el principio de este siglo la abandonaron, porque léjos de favorecer al comprador las más de las veces le perjudica.

(2) Proe. Inst. *De emptio. et vendit.*, III, 24.—Leyes 1 y 2 Cod. *Quando liceat ab empt. reced.*, IV, 45.—Ley 11, § 6, Dig. *De actio empt. et vend.*, XIX, 1.—Ley 58, Digesto *De pactis*,

del contrato; pero si se entregaren despues, como en Cataluña se consideran parte del precio obligarán al cumplimiento del contrato (1).

SECCION 6.ª

PACTOS AÑADIDOS AL CONTRATO DE COMPRA-VENTA.

§ 387. **Pacto resolutivo en caso de «mejora de la venta». — Id. «comisorio».**—Estos pactos se rigen por las disposiciones del derecho romano. Cuando se continuó el comisorio y se dieron arras, si el comprador no cumple con las obligaciones que le incumben el vendedor podrá reclamarle la cosa sin estar obligado á devolver las arras (2).

§ 388. **Pacto de tanteo.**—Es otro de los que lícitamente pueden continuarse en los contratos de compra-venta.

SECCION 7.ª

DERECHO LEGAL DE TANTEO.

§ 389. **¿En qué caso existe?**—La Ley 14, Cod. *De contrahend. empt.* al autorizar al comunero para vender su parte á otro comunero ó á un extraño, concede al primero el derecho de tanteo.

§ 390. **En Cataluña no se conoce el retracto gentilicio.**—El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de Mayo de 1864, declaró que no podia alegarse como vigente en Cataluña el *Levítico* para fundar el retracto gentilicio.

CAPÍTULO 0.°

DE LA VENTA Á CARTA DE GRACIA, Ó «EMPENYAMENTS».

---

§ 391. **Orígen, carácter y modalidades de este contrato.**—En Cataluña la compra-venta, en la cual se reserva al vendedor el dere-

(1) Segun las palabras del citado texto de las *Instituciones*, parece que cualquiera de las partes podria arrepentirse, perdiendo las arras si era el comprador, ó entregándolas dobladas si era el vendedor. Vinio sostuvo con empeño la opinion contraria, entendiendo que Justiniano no derogó los preceptos antiguos que obligaban al cumplimiento del contrato.—La Ley 7.ª del Tit. 5.°, Partida V, es conforme á la opinion de Vives, y el Tribunal Supremo la aplicó á Cataluña en sentencia de 11 de Abril de 1864.

(2) Ley 4, proc., y 6, proc., Dig. *De lege commissoria.*, XVIII, 3.—Véanse tambien la Ley 8.ª, Dig. *Eod.*, y la 1.ª, Cod. *De pactis inter empt. et vendit.*, IV, 54

cho de recuperar la cosa mediante la devolucion del precio, forma un contrato especial llamado *á carta de gracia.* El nombre de *empenyament* ó *empenyo* con que vulgarmente se la designa, expresa su verdadera naturaleza.

El Cap. 5.º de las Decretales de Gregorio IX, *De emtione et venditione,* III, 17, habla de un contrato calificado de compra venta, pactándose que el vendedor dentro de cierto plazo podria recuperar la cosa mediante la entrega del precio recibido, el cual era módico; y lo declara prenda y constituido para evadir las disposiciones canónicas contra los préstamos con interés.

Efectivamente las ventas *á carta de gracia,* se generalizaron para burlar estas disposiciones y las que prohiben el pacto de *anticresis* en los contratos de prenda. Los prestamistas simularon la compra de la finca que tomaban en prenda. Por esto la redencion ó retracto ha sido considerado, y es en realidad, la devolucion de la cantidad recibida en préstamo.

Esta simulacion que envuelve la *carta de gracia* no es peculiar de Cataluña; y el Sr. Gutierrez Fernandez ha podido decir, en términos generales: (1) «El pacto de *retro* es la simulacion de un contrato emplea-»do de ordinario como medio de paliar crecidos intereses. De nada ha »servido que aboliendo la tasa se otorgue á los usureros facultad omní-»moda para estipular los réditos de un préstamo á medida de su codi-»cia, insaciable codicia, verdadero piélago sin fondo. De nada que la »Ley Hipotecaria, con las deducciones de una inflexible lógica envuel-»va las fincas entre las mallas de la hipoteca de modo que resulten apri-»sionadas á la seguridad del capital. Cabe todavía estrechar los caminos »de la desgracia despojando al deudor de su patrimonio, único porve-»nir suyo y de sus hijos, bajo la engañosa esperanza de una retroventa »que sabe de sobra el comprador que difícilmente se realizará. Los »*retros* léjos de disminuir aumentan, y con la circunstancia agravante »de que como tan tortuosos son los procedimientos de la iniquidad, y »tan fecunda en recursos la avaricia, no se contenta con falsificar un »contrato, sino que falsea dos: no simula únicamente la venta, hace »cómplice del fraude al arrendamiento, disfrazando á título de alqui-»ler intereses inverosímiles (2).»

En la legislacion romana se habla del pacto de *retro* añadido á un verdadero contrato de compra-venta (3), pero la Ley 7, § 1, Dig. *De*

---

(1) *Revista general de legislacion y jurisprudencia*, Tomo 52, página 69 (Junio del año 1878).

(2) Así sucede en Cataluña, donde el vendedor *á carta de gracia* se convierte en colono ó parcero de la finca rústica dada *á carta de gracia.* Así sucedió en el caso que originó la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1869.

(3) Ley 2.ª, Cod. *De pactis inter emptor. et vendit.*, IV, 55.—Ley 31, § 22, Dig. *De œdil. edict.*, XVI, 1.—Ley 12, Dig. *De præscrip. verbis.*, XIX, 5.

distr. pigno. et hypot., XX, 5 (1) ya lo considera como hijo de un préstamo. El desenvolvimiento práctico del contrato que nos ocupa, hemos de buscarlo en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia de los Tribunales. Al ocuparnos de la primera, debemos limitarnos á la sentada por los jurisconsultos catalanes, como interpretacion viva del derecho en Cataluña y manifestacion del espíritu práctico; y sólo para robustecerla acudiremos á trabajos de tratadistas extraños, como eminencias en la exposicion de los derechos canónico y romano.

Es tanto más conveniente proceder de esta suerte, cuanto que la resolucion del problema más importante que se ha planteado en nuestros dias respecto á la venta *á carta de gracia* depende, en gran parte, de la justa exposicion de las verdaderas doctrinas.

Segun Cortiada (2), el pacto de retro es lícito, ya se estipule á perpetuidad, ya limitando el tiempo hasta qué podrá utilizarse *(pacto afirmativo)* ó fijando el dia desde el cual podrá utilizarse (*pacto negativo*); y si bien el señor Falguera en la Nota (g) á la obra de Gibert (3) dice que esto último se considera inmoral y por tanto ilícito, Ripoll (4) dice que este pacto sólo es reprobado cuando hay *modicidad en el precio*, y que segun afirma Despujol así lo decidió el Senado. Cancer (5) sostiene que este no es ilícito ni hace presumir usura en el contrato si no existe alguna conjetura (6), como lo módico del precio ú otra parecida; opinion calificada de verdadera por Comes (7), y aceptada por Fontanella (8) y Cortiada (9).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de Diciembre de 1864, declaró en un recurso referente á carta de gracia de Cataluña, que en el pacto de retroventa, como en todos los contratos, es lícito á los contratantes poner todas las condiciones posibles y honestas que crean oportunas, y entre ellas la de establecer el término que les convenga.

Cortiada dice (10) que en el pacto negativo es lícito añadir que sólo

---

(1) *Illud inspiciendum est an liceat debitori, si hypoteca venirit, pecunia soluta eam recuperare? Et si quidem ita venierit, ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit emptio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypotecham: si vero tempus præteriit aut si non eo pacto re; venerit, non potest rescendi venditio, nisi minor sit annis vigentiquinque debitor, aut pupillus, aut Reipublicæ erit, ex quibus Edicto succurritur.*

(2) *Decis.*, 149, N.° 1.

(3) Part. 1.ª, Cap. 1.°

(4) *Var. resol.*, Cap. 11, N.° 223.

(5) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, N.° 53.

(6) En el N.° 53 del mismo Cap. dice que en la venta de censos y réditos dicho pacto se tiene por usurario, sin otra conjetura; lo cual tambien dice Comes (Nota siguiente).

(7) *Viridarium artis notariatus.*

(8) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 3.ª, N.° 6; y Part. 1.ª, Ns. 77 y 78.

(9) *Decis.*, 149, N.° 4.

(10) *Eod.*, N.° 5.

podrá redimirse cuando se hayan recogido los frutos; y Francisco Ferrer (1), á quien cita, habla de esta estipulacion como posible en cualquiera modalidad de la venta á carta de gracia.

El mismo Cortiada sostiene (2) que si el vendedor se ha obligado á avisar al comprador con dos meses de anticipacion, puede, no obstante, redimir sin aviso prévio con tal que ofrezca el interés correspondiente á dos meses.

Tratando de la validez del contrato, en general, ó sea sin limitacion en cuanto al tiempo, por lo que al precio se refiere dicen los autores que si concurren conjeturas por las cuales pueda presumirse que el contrato es simulado y hecho en fraude de las leyes que entónces prohibian los intereses, ya sea perpétuo ó ya temporal, ya afirmativo ó negativo, se tendrá por ilícito, pues no tiene en realidad la naturaleza que se le dió al formularlo.

Entre otras conjeturas expresadas por los tratadistas, hay la de un precio módico. Dice Cortiada (3) que sobre este punto habia cuatro opiniones, adoptando la antigua Audiencia el término medio de considerar usurario el contrato cuando hubiere gran modicidad en el precio, de modo que resulte lesion superior á la *ultra dimidiones*, como atestiguan Ferrer (4), Cancer (5) y Ripoll (6).

El citado capítulo de las Decretales, refiriendo el caso que declaran prenda usuraria, dice que las monedas entregadas *vix dimidiam justi pretii contingebant.*

Cuando la venta á carta de gracia se hiciese con el pacto negativo, bastará que la lesion sea aproximada á la mitad del justo precio.

---

(1) *In Consti. Hac nostra*, Tempus 1, Declar. 12, N.º 35.

(2) *Eod.*, N.º 6.

(3) *Decis.*, 149, Ns. 8, 9 y 10.

(4) *Observ.* Part. 3.ª, Cap. 439, Pág. 263, dice: «El pacto de retro hecho con gran »modicidad en el precio, de tal modo que éste resulte menor á la mitad del justo »precio, está declarado usurario, aunque el comprador no acostumbre á exigir »interés.—En 12 de Noviembre de 1569 se falló un litigio declarando dicha modi»cidad, y que el comprador debia restituir el manso y las tierras compradas y ade»más los frutos, que se computarian en el precio que percibió el vendedor; y por »consiguiente se deducirian de él.»

(5) Cancer (*Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, Ns. 40, 41 y 42) dice: «Cuando hay modi»cidad en el precio, el pacto de retro se reputa nulo por usurario, aunque el »comprador (*por equivocacion dice venditor*) no acostumbre exigir intereses, circuns»tancia que algunos exigian, como extensamente refiere Menochio, *De præsump.*, »Lib. 3.º *Præsum.*, 122, N.º 31. Que el Senado (antigua Audiencia) de Cataluña admite »la conjetura de gran modicidad, segun Ferrer refiere, y exige que la modicidad »sea mucho mayor que la lesion *ultra dimidium.*—Que á los engañados en más de »la mitad, no les comprende la eleccion que concede la Ley 2., Cod., *De rescis. vendi.* »porque esta disposicion no se aplica contra los usureros y sospechosos, y por con»siguiente que deben restituírsele los frutos, compensándolos en el precio.»

(6) Ripoll, (*Var. resol.*, Cap. 11, N.º 220) refiere lo dicho por Ferrer.

Los autores dicen que así lo decidió la Audiencia en 20 de Octubre de 1602 (1).

§ 392. **¿Porqué este contrato se llama venta «á carta de gracia?»**—En Cataluña las ventas de que nos ocupamos se hacen comunmente sin fijar plazo para la redencion, y por esto se llaman *ventas á carta de gracia*, es decir, venta que durará mientras plazca al vendedor no retraer la cosa vendida.

Si casi todas las ventas á carta de gracia se hacen sin fijar límite á la facultad de redimir es porque la cosa se dá por un precio módico, que á veces consiste en las dos terceras partes y otras en la mitad del justo precio; y si se fijare un plazo, cuando éste hubiere trascurrido sin haberse hecho la redencion, el comprador tendria la cosa por una tercera parte ó mitad ménos de aquel justo precio (2), por cuya razon dice Cancer (3) que el vendedor podria retraer la cosa áun despues de expirado el plazo señalado.

§ 393. **Disminucion natural y comun del justo precio.**—Los tratadistas catalanes mencionan algunas reglas para determinar la rebaja natural que la estipulacion del retro produce en el justo precio de la cosa. La opinion más comun era la de disminuirlo en una tercera parte (4), opinion que consagró la antigua Audiencia en dos fallos que Fontanella (5) menciona, y en otro citado por Cortiada (6).

En la práctica la reduccion del precio es á veces muy grande, porque para fijar el que se dará el usurero prestamista, que aparece como comprador, atiende al beneficio ó tanto por ciento que desea percibir.

§ 394. **Sentencias del Tribunal Supremo sobre modificacion y prueba de un contrato de venta á carta de gracia.**—El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Marzo de 1861, consideró válido el contrato verbal que modificó las cláusulas de una venta con pacto de retro consignada en escritura pública, fundándose en que la Sala, usando de la facultad que le concede el Art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, apreció la prueba de testigos sobre la existencia de dicho contrato verbal, y por consiguiente que no habian sido in-

---

(1) Cancer, *Var., resol.*. Part. 1.ª, Cap. 13, N.° 54.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 3.ª, N.° 6, *Decis.*, 86, N.° 1, Part. 1.ª.—Despujol, *Add. ad* Ferrer, Part. 3.ª, Cap. 439.—Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 11, N.° 213.

(2) Cortiada, *Decis.*, 149, N.° 14.

(3) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap 13, N.° 53.

(4) Francisco Ferrer, *Super Const. Hac nostra*, Temp. 1.° Declar. 12, N.° 28.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part 1.ª, N. 78.

(5) *Decis.*, 84, N.° 3.

(6) *Decis.*, 149, N.° 21.

fringidas las doctrinas legales citadas por el recurrente de que *los hechos no se presumen* y de que *no probando el actor, debe ser absuelto el convenido;* en que, reconocida la celebracion del segundo contrato, habia de reconocerse tambien, atendido el estado de nuestra legislacion, su eficacia legal para modificar el primero, no pudiendo, por tanto, las declaraciones hechas en su virtud infringir el principio de derecho invocado *unum quodque disolvitur eo modo quo colligatum est*, porque en dicho caso un contrato posterior alteró lo que otro anterior habia establecido, que es lo que dicho principio determinó, refiriéndose la palabra *eo modo* á la esencia y nó á la forma de las obligaciones.

En sentencia de 20 de Enero de 1866 declaró: 1.º Que tratándose del derecho que el recurrente suponia tener á retraer una tierra que se decia vendida *á carta de gracia* habia cerca de un siglo por sus causantes, era preciso que constase primero la existencia del contrato y sus circunstancias, y segundo la trasmision de este derecho desde el primitivo vendedor hasta el actual demandante; 2.º Que si bien la escritura de que se trataba era un documento público y solemne, la declaracion que en él hizo el otorgante de corresponderle el dominio útil de la tierra en cuestion por haberlo adquirido *á carta de gracia*, mediante un papel privado de 26 de Abril de 1767, no podia reputarse bastante justificativa de un contrato de dicha clase, ni del término de la retroventa y demás circunstancias necesarias, y mucho ménos cuando no concurrieron al otorgamiento de dicha escritura los que se dice fueron vendedores.

SECCION 2.ª

DEL DERECHO DE REDIMIR.

§ 395. **Valor que tiene el derecho de redimir.**— Realizada la venta *á carta de gracia*, la parte del justo precio que el vendedor no haya percibido representará el valor del derecho de redimir. En caso de duda se supondrá ser de la tercera parte, á tenor de lo dicho en el § 393.

Más adelante deberá atenderse al mismo dato y al mayor ó menor valor actual de la cosa, pues los aumentos y menoscabos intrínsecos ceden á favor y en contra del vendedor. Véase el § 409.

§ 396. **Se considera parte del precio de la cosa.**—Dedúcese de lo dicho, y lo afirman los tratadistas catalanes.

§ 397. **El derecho de redimir es transferible.**—Pasa á los succesores testamentarios y *ab intestato*, suyos y extraños, aunque de ellos

no se haga mencion en el contrato (1). Si se legase, el legatario adquirirá únicamente el derecho de redimir, nó el de reclamar al heredero la cantidad necesaria para verificarlo (2).

Se puede vender, ceder, donar ó transferir de cualquier otro modo (3), y á veces el comprador de la finca *á carta de gracia* adquiere su libertad por medio de la compra del derecho de redimir.

El Tribunal Supremo lo ha dado por admitido en la sentencia de 20 de Noviembre de 1866 (4).

Exceptúanse los dos casos siguientes: 1.° Si se pactó que sólo el vendedor podria redimir y nó otros, pues entónces ni se puede transferir entre vivos, ni pasará á los herederos (5); 2.° Si pactó que la cosa se redimiria únicamente con dinero propio; en este caso no puede cederse el derecho de retraer ó redimir, pero pasa á los herederos (6).

§ 398. **El derecho de redimir puede hipotecarse.**— El número 9 del Art. 107 de la Ley Hipotecaria reformada autoriza la hipoteca *de los bienes vendidos con pacto de retroventa ó á carta de gracia*, si el vendedor ó su causa-habiente la limita á lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta; pero en este caso el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos préviamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho, y anticipando la cantidad que para ello fuese necesaria.

---

(1) Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 11, N.° 227.—Fontanella, *Decis.*, 86, N.° 6.—Cortiada, *Decis.* 149, N.° 58. — Ley 2.ª, Cod. *De pact inter. empt. et vendit.*, IV, 54.

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part 3.ª, Cap. 20, N.° 298. — Cortiada, *Eod.*, N.° 59.

(3) Cortiada, *Eod.*, N.° 60.

(4) El Reglamento de 14 de Enero de 1873 para la administracion y realizacion del impuesto de derechos reales de trasmision de bienes, dice: *La trasmision del derecho de retro-venta en virtud de contrato, queda sujeta al pago del 2 por 100 del valor de la finca o fincas trasmitidas, debiendo completar el adquirente, al usar de aquel derecho, el impuesto del 3 por 100 del valor total del impuesto.—Si la trasmision del expresado derecho se verifica por sucesion testada ó intestada, se pagará lo que corresponda segun las escalas de herencias ó legados: computándose el valor del derecho de retro-venta por la diferencia del inmueble ó derecho real á que se refiera, ó el precio que hubiere mediado en el primitivo contrato de venta con pacto de retrocesion.*

(5) Cancer (*Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 7.°, N.° 256) sostiene la validez de este pacto; y Cortíada (*Decis.* 149, N.° 61), cita un fallo de la antigua Audiencia en el sentido del texto.

Pothier (*Traité du contrat de vente et de retraites*, N.° 320) muy acertadamente dice que cuando se hubiere pactado que sólo el vendedor podrá retraer, no tendrá facultad de ceder este derecho, el cual pasará á los herederos, que son la continuacion jurídica de la persona del vendedor y le suceden en esta calidad. Pero que si se hubiere dicho que sólo podrá recobrarla el *susodicho fulano de tal*, ó en otros términos se precisare la persona misma del vendedor, aquel derecho no pasará á los herederos.

(6) Cortiada, *Decis.* 149, Núm. 63. Puede redimir con dinero prestado, pues el préstamo trasfiere el dominio.

§ 399. **El derecho de redimir compete contra terceros poseedores.**— Este derecho contra terceros, no establecido en la legislacion romana y negado en Castilla por la Ley 24, Tit. 5.°, Partida V, en Cataluña es inconcuso. Lo sancionan la costumbre, la doctrina de los autores y la jurisprudencia.

Fontanella (1) y Cancer (2) hacen varias consideraciones sobre este punto.

§ 400. **A qué especie pertenece la accion de retro.**—La accion de retro en Cataluña tiene el carácter de *in rem scripta* (3).

§ 401. **Indivisibilidad del derecho de redimir.**— En Cataluña el derecho de redimir es indivisible. Por consiguiente, si hay varios vendedores ó herederos del vendedor, uno de ellos no podrá usar del retro por su participacion en el derecho reservado, ó en el derecho hereditario: mas podrá ofrecer todo el precio y retraer toda la finca, aunque los demás vendedores ó coherederos se opongan ó no lo sepan, á los cuales deberá prestar caucion de restituirles las porciones que les correspondan y de conservar indemne al comprador, ofreciéndola al deducir la demanda y prestándola al pedir la ejecucion de la sentencia (4).

SECCION 3.ª

§ 402. **Precio de la redencion ó retroventa.**— En el caso de silencio de las partes contratantes, que es el más comun, será el mismo de la venta.

El vendedor devolverá en moneda corriente la misma cantidad que recibió, pues en el dinero no se atiende á las monedas que se dan sino

---

(1) *Decis.* 80.

(2) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, Núm. 103.

(3) A pesar de que para cumplir con el precepto de la Ley de *Enjuiciamiento civil* basta saber que esta accion tiene el carácter de *in rem*, no obstante para comprender perfectamente su razon y el modo de ejercitarla hemos creido conveniente precisarla.

Cancer la considera *reivindicativa útil*, y al efecto cita la Ley *Si cum venderet*, Dig. *De pignor. action.*, que se refiere al acreedor que vende la prenda. Las palabras y cita de Cancer confirman la doctrina que considera la *carta de gracia* como una dacion en prenda con anticresis.

(4) Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 7, Ns. 247, 250 y 251. En el último cita un fallo de la antigua Audiencia.— Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 21, Parte 1.ª, N.° 87. — Id. *Decis.* 86, Ns. 8, 9 y 10, donde menciona un fallo. — Cortiada. *Decis.* 149, Ns. 66 á 69; en el último cita una sentencia.— Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 11, Núm. 249.

al valor que representan. *Ea materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substancia præbet, quam ex quantitate* (1).

En Cataluña no puede pactarse mayor precio para la reventa, pues todas las ventas á carta de gracia se hacen por un precio módico y constituyen un contrato especial, en el cual por precision debe consignarse el *retro*. Dicho pacto aumentaria la disminucion del precio y los rigores del prestamista-comprador.

Puede pactarse menor precio, excepto cuando esta liberalidad del comprador recaiga en una de las personas á quienes las leyes prohiben donar.

§ 403. **Redencion en la carta de gracia de varias cosas.** — Si varias cosas se vendieron en un mismo contrato por un solo precio, sin expresarse su distribucion entre las varias cosas, únicamente podrá redimirse el conjunto de ellas. Pero si cada cosa fué vendida con un precio determinado y concreto, podrá redimirse una sin redimir las otras, pues, como dice Cortiada (2), en el primer caso hay una venta y en el segundo hay varias. El mismo autor dice (3) que en el segundo caso podrá redimirse alguna de las cosas sin redimir las restantes: 1.° Aunque respecto á una finca no se determinase el precio, pues lo será la diferencia que exista entre la suma de los señalados para las demás cosas y el total expresado en el contrato: 2.° Aunque el precio de una cosa sea cierta, y el de otra incierto, p. ej., dejado al arbitrio de tercero: 3.° Aunque se use la palabra *venta* en singular; 4.° Aunque se diga que deberá *restituirse íntegro el precio*, pues no hay un precio sino varios.— Pero que la facultad de redimir alguna ó algunas de las cosas vendidas no tendrá lugar cuando conste que el comprador no hubiera comprado una sola cosa (4), lo cual deberá probar excepto en los casos que la ley presume, como en las compras de los animales.— Finalmente, dice Cortiada que la sentencia de 4 de Junio de 1659 declaró que una cosa singular no puede redimirse en parte, pero que en la universalidad si puede presumirse que se habria comprado una cosa sin la otra, se admitirá la redencion de una de ellas (5).

§ 404. **Devolucion del precio.**— Los tratadistas catalanes debatian si para que el comprador, ó su causa-habiente, esté obligado á hacer la reventa, basta que se le ofrezca el precio, ó debe haberse hecho

---

(1) Ley 1.ª, Dig. *De contra empt.*, XVIII, 1.°, — Fontanella, (*Decis.* 77, Ns. 5 y 6) cita un fallo de la antigua Audiencia sobre el caso de que nos ocupamos.

(2) *Decis.* 149, N.° 77.

(3) *Eod.*, Ns. 78 á 86.

(4) Tambien lo dice Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, N.° 16.

(5) Lo cual sólo procederá en el caso de haberse fijado el precio de cada una.

su consignacion y depósito (1). Esta cuestion sólo tiene importancia cuando deba procederse judicialmente, en cuyo caso será indispensable que el redimente haga la oportuna consignacion.

§ 405. **Pago del laudemio.** — Ampliando lo expuesto en el párrafo 261, diremos que cuando la cosa vendida á carta de gracia es enfitéutica, por la venta se debe pagar todo el laudemio y por la reventa ninguno.

Pero hay las siguientes excepciones: 1.ª Cuando sea costumbre pagar la mitad al hacerse la venta, y la otra mitad al verificarse la reventa: costumbre observada en casi todas las poblaciones de Cataluña, y sancionada de antiguo por la Audiencia respecto á Barcelona (2); 2.ª Si en el contrato se estipuló que se retrovendería la cosa, segun la calidad y estimacion de la cosa al tiempo de la reventa, pues hay nueva venta (3); 4.ª Si el pacto de retro ha tenido lugar despues de la celebracion del contrato de compra-venta ó de finido el plazo convenido, pues hay nueva enagenacion (4).

§ 406. **Pago del impuesto de derechos reales y de trasmision de bienes.** — Para la procedencia de su exaccion, estos impuestos se equiparaban al laudemio (5).

Actualmente, en virtud del apartado 2.º de la base 6.ª del Apéndice letra C. de la Ley de presupuestos de 1872 á 1873, y del apartado 1.º del Articulo 6.º del Reglamento de 14 de Enero de 1873, en las retroventas el redimente pagará el 1 por 100, habiéndose pagado en la venta como en las puras, esto es, el 3 por 100 (6).

§ 407. **¿El redimente ha de respetar los gravámenes impuestos por el comprador?** — Segun la Ley Hipotecaria, contestaremos negativamente (7). El Art. 38 enumera las causas por las cuales

---

(1) Puede verse resumida esta cuestion en Cortiada, *Decis.* 149, Ns. 90 á 104

(2) Solsona, *Lucern. laud.*, Cell. 10, N. 38. — Fontanella, *Decis.* 277, Ns. 10 y 11. — Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 1.º, N.º 78. — Cortiada, *Decis.* 149, Núm. 108. — Gibert, *Theorica artis notariæ*, *Tratado de los Laudemios.* — Tos, *Tratado de la Cabrevacion* Cap. 6, Núm. 27.

(3) Cortiada, *Decis.* 149, Núm. 111.

(4) Fontanella, *Decis.* 277, Ns. 12 y 13. — Cortiada, *Eod.*, Núm. 113. — Gibert, *Eod.*, — Tos, *Eod.*, Ns. 28 y 29.

(5) Cortiada, *Decis.* 149, Núm. 114.

(6) Véanse la Real órden de 25 de Mayo de 1853, y la Circular de 12 de Junio de 1867.

(7) El Derecho romano carecia de disposicion expresa; los autores de Cataluña sostenian la negativa, merced al principio deducido de la Ley 31 Dig. *De pigno. et hypot.*, XX, 1.º, sobre la prenda del *fundo vectigal*, ó sea la finca enfitéutica cuando cae en comiso, y de la 4, § 3, Dig. *De in diem adict.*, XVIII, 2, segun la cual si una finca se vendió con el pacto de *in diem addictio* y el comprador la dió en prenda, ésta desaparecerá cuando la venta se deshaga.

no se anularán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, no mentando el retracto que se haga en virtud de la carta de gracia, poniendo como última causa *la de cualesquiera* otras acciones que las leyes ó fueros especiales concedan á determinadas personas para rescindir contratos, en virtud de causas que *no consten expresamente de la inscripcion.* — La accion de retro se deduce en virtud de causa que consta expresamente en la inscripcion del contrato en que se estipuló; y por consiguiente deberán rescindirse las enfiténsis, censos, servidumbres y demás derechos reales constituidos por el comprador ó su causa-habiente: aquel que con él contrató, pudo cerciorarse del derecho precario que tenia sobre ella; y si en Castilla esto pudiera ofrecer alguna duda por parecer contrario á la Ley 42, Tit. 5.°, Partida 5.ª, no sucede asi en Cataluña donde la accion de retro tiene carácter de *in rem.*

Respecto de las hipotecas, la Restriccion 9.ª del Art. 107 de la Ley Hipotecaria reformada permite al comprador, ó á su causa-habiente, hipotecar la finca que tenga á carta de gracia si limita la hipoteca á la cantidad que debe percibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor á fin de que si se retrayere los bienes ántes de cancelarse la hipoteca no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, á no preceder para ello precepto judicial. — En su virtud el vendedor, ó su causa-habiente, dará conocimiento del retracto al acreedor del poseedor de la finca, y la retraerá librándola de la hipoteca.

Cuando el derecho de redimir se haya concedido por un convenio posterior al contrato de compra-venta, el retrayente deber á respetar las hipotecas y los otros derechos reales constituidos con anterioridad al convenio, y los posteriores si el convenio no se hizo constar en escritura pública ó ésta no se inscribió.

§ 408. El redimente respetará los arriendos hechos por el comprador.—Así lo afirman los tratadistas catalanes (1), fundándose en que jurídicamente debe entenderse que el comprador los hizo mediante el consentimiento del vendedor.

§ 409. ¿A quién corresponde el aumento de la cosa?— El mayor valor intrínseco cede á favor del redimente, del mismo modo que sufrirá la depreciacon que la cosa hubiere tenido.

Los aumentos naturales que la cosa ha tenido, por ejemplo en virtud de aluvion, serán tambien del redimente, pues si bien el comprador los adquirió con posterioridad al contrato, esto tuvo lugar por

(1) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª Cap. 14 N.° 49. — Cortiada, *Decis.* 119, N.° 115.

razon de la cosa comprada, de la cual son accesion y forman parte (1).

§ 410. **Indemnizaciones á que el redimente está obligado.**—El comprador, ó su causa-habiente, ha de quedar indemne. Por esta razon el retrayente le abonará: 1.° Los gastos hechos en la cosa, siempre que no sean de mera conservacion, caprichosos ó excesivos: en los dos últimos casos el comprador podrá separar los objetos que acusen la mejora, siempre que pueda hacerse sin detrimento de la cosa, á ménos de que el retrayente ofrezca indemnizarle completamente; 2.° El laudemio satisfecho al comprar la finca; 3.° Los gastos de otorgamiento de la escritura de compra, y los demás que legítimamente ésta ocasionó, como el impuesto de trasmision de derechos reales, los gastos de subasta si la hubo, y los prometidos *(axaus)* que se reputan parte del precio; Y 4.° el precio de las servidumbres activas adquiridas por el comprador ó su causa-habiente (2).

§ 411. **El redimente no está obligado á satisfacer intereses del precio.**—Esto es evidente, pues el comprador ha disfrutado de la cosa. Pero algunos tratadistas, y entre ellos Pothier, preguntan: ¿si el comprador se ofreciese á abonar los frutos, podrá reclamar los intereses del precio? Nó, pues la retro-venta sólo mira al porvenir, y si los frutos que la cosa hubiere producido sobrepujaren el importe de los intereses del precio, el comprador no reclamaria estos, y por consiguiente es justo que reportando esta ventaja sufra el caso contrario.

§ 412. **¿Qué sucederá si hay frutos pendientes al hacer la redencion?**—Cancer dice (3): «Estos frutos se han de dividir »entre el redimente y el poseedor, del modo que previene la Ley 5, »Dig,, *Solut matri*, XXIV, 3.» Por consiguiente si una finca plantada de

---

(1) Pothier *(Traitê du contrat de vente et de retraites*, N,° 403) sostiene lo contrario, y examina (N.° 405) si al tiempo de la reventa el comprador podrá ser obligado á entregar al redimente la parte que corresponde al dueño de una finca del tesoro en ella descubierto. Este caso no tiene paridad con el mentado en el texto, porque dicha parte del tesoro no es verdadera accesion, pues nace cuando un tercero halla el tesoro, y porque áun siendo accesion no pudo ser prevista al celebrarse el contrato. En la finca ribereña, por ejemplo, hay siempre la posibilidad de ser aumentada ó cercenada por el rio, pero ignórase en cualquiera si encierra un tesoro; de lo contrario no lo seria en la acepcion jurídica de la palabra. Además. si la Ley concediera al retrayente dicha parte de tesoro, favorecia la codicia, pues cuando se tuviere noticia del hallazgo haria la redencion.

Las canteras abiertas por el comprador, serán del retrayente.

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part 1.ª, Cap. 11, N.° 80, y Cap. 13, Ns. 105 á 198.—Cortiada, *Decis.*, 149, Ns. 117 á 126.

(3) *Var. resol.*, Part. 1.ª Cap. 13, N.° 60 Pothier, *(Traitè du contrat de vente et de retraites*, § 409, 416 y 419).

viña se vendió, por ejemplo, en 1.° de Enero y habiéndola el comprador poseido algunos años se le ofrece el precio para la retroventa en 1.° de Setiembre; de la cosecha pendiente, ó de su precio, se deducirán los gastos de cultivo, y del resto se harán 12 partes, correspondiendo 8 al que poseyó la finca durante igual número de meses, y 4 al retrayente.

§ 413. **¿Deben tomarse en consideracion los frutos que estaban pendientes al tiempo de hacerse la venta?**—Cancer, en el citado ejemplo, supone que la venta tuvo lugar en tiempo anterior á los trabajos y gastos de cultivo de la viña, y por consiguiente debia opinar como opinó Pothier (1), el cual dice que si bien por regla general el comprador no está obligado á restituir los frutos, deberá permitir que el redimente descuente del precio el valor de los que estaban pendientes cuando se hizo la venta, porque aumentaron el precio.— Pero cuando la redencion se haga despues de algunos años, difícilmente se probará la cantidad de frutos pendientes y el valor que tenian, y por tanto mejor será no tomarlos en consideracion.

§ 414. **Responsabilidad del comprador ó de su causa-habiente por la culpa que presta.**—Al verificarse la retroventa, debe entregarse la cosa en el estado que se encuentre; pero el comprador será responsable de los menoscabos sufridos por su culpa, á tenor de la leve que se presta en el contrato de compra-venta y en los pactos á él añadidos que sean en utilidad de ambos contrayentes (2). Algunos tratadistas catalanes (3) sostienen que el comprador no puede cortar árboles ni de otro modo deteriorar la cosa, pues tiene el *dominio calificado.*

§ 415. **Extincion del derecho de redimir.**—Se extingue por todos los modos comunes á las obligaciones: por la novacion, confusion, pérdida de la cosa (sin culpa ni mora del poseedor, pues si la hubiere será responsable) y renuncia, la cual se sobrentenderá cuando el vendedor, despues de presentada la demanda pidiendo la retroventa y de haber consignado el precio, retira la consignacion, á no ser que manifieste motivos especiales, ó que proteste de no renunciar su derecho, pues la intencion expresa debe prevalecer á la tácita. Se presumia tambien la renuncia cuando el vendedor consentia la venta de la finca hecha por el comprador sin declarar que estaba sujeta al derecho de redimir; mas hoy, constando debidamente en el Registro de la Pro-

(1) *Traitè du contrat de vente et de retraites*, N.° 409.

(2) Basta este precepto general, y por consiguiente no hay necesidad de recurrir á preceptos dados especialmente para otros casos, como la Ley 7, § 12, Dig. *Solut matri*, XXIV, 3, Ley 18, § 3, Dig. *De pig. actio.* XIII, 7, como hacen algunos autores.

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, N.° 108.—Cortiada, *Decis.*, 149, N.° 122.

piedad, poco importa que el enagenante manifieste ó nó que tiene la finca *á carta de gracia*, y en caso negativo que consienta la venta el que tiene el derecho de retraer.

Se extingue por la expiracion del término pactado (1) que corre contra los menores, pues se trata del cumplimiento de un contrato, nó de prescripcion.

Podrá redimirse, despues de expirado el plazo: 1.° Cuando la venta se hizo con un precio muy módico (§ 392), si bien deberá hacerse antes de los treinta años; 2.° Si despues de transcurrido, el comprador manifestare que está dispuesto á verificar la retroventa, ó aceptase el precio á que el vendedor se lo ofreciese; 3.° Dentro del cuadrienio legal, si el contrato se verificó durante la menor edad del vendedor (2).

§ 416. Cuando no se ha fijado término para redimir ¿prescribe la accion de retro?—Doctrina y jurisprudencia catalana.—Esta cuestion fué examinada por los tratadistas catalanes bajo su aspecto científico, y atendiendo mucho á la opinion de los más célebres jurisconsultos de otros países.

Todos sostienen la imprescriptibilidad (3). Cancer dice que así se observaba en su tiempo *(hoc jure utimur)*, y Fontanella, al afirmar que es la práctica y jurisprudencia de Cataluña, dice: *quod nos attestari possumus sine dubio*, *quia millies id observari vidimus.* Los tratadistas posteriores dan fé de continuar la misma observancia (4).—La imprescriptibilidad tiene lugar tanto si en el contrato se usaron palabras que indiquen perpetuidad del derecho de redimir como si nada se dijo (5), pues se presume que aquel se hizo segun la costumbre del país, y es innegable la de Cataluña de que el derecho de redimir sea perpétuo.

Dichos autores, al sostener teóricamente la costumbre y jurisprudencia catalana, fúndanse en las siguientes razones: 1.ª Que el vendedor nunca pierde la cuasi-posesion del derecho de redimir (6), que es un

---

(1) A más de ser de razon natural, lo establecen las leyes 2 y 4, Cod. *De pact. inter emptor et venditi.*, y 7 Dig. *Qui potiores*, XX, 4.

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, Núm. 54.—Cortiada, *Decis.* 149, Números 32 á 41.

(3) Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 11, Ns. 238, 240 y 244.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, Ns. 51, 52 y 54 y Part. 3.ª N.° 206.—Fontanella, *Decis.* 75 á 86 y 194. Número 2.—Idem, *De pactis nup.*, Claus. XII, Glos. única, Núm. 9.—Cortiada, *Decis.* 149, Ns. 43 á 51.

(4) Comes, *Viridarium artis notariatus.*—Gibert, *Theorica artis notariæ.*—Vives, Nota 1.ª al Tit. 19, Lib. IV, Vol. 2.° de las *Constituciones de Cataluña*

(5) Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 1.°, Ns. 238 y 240.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, Ns. 51 y 52, y Part. 3.ª, Cap. 7, Núm. 106.—Fontanella, *Decis.* 73, 75, 76 y 77 Ns. 8 y 15; 78, Núm. 12, y 81 Núm. 1, Part. 1.ª, Núm. 17.—Cortiada, *Decis.* 149, Números 43 y 45.

(6) Excepto cuando el comprador por un acto positivo le manifiesta que quiere poseer la finca como libre.

verdadero derecho reservado en bienes propios, equivalente á una parte de ellos ; 2.º Que el derecho de redimir equivale á una parte del precio, retenida por el comprador, y por consiguiente es una carga real de la cosa y forma parte de ella (1), diciendo Ripoll (2) *unde pactum illud dicitur esse pars rei;* 3.º Que si en virtud de prescripcion se extinguiese el derecho de redimir, el comprador tendria á perpetuidad la cosa por menor precio del atendido por ambos contrayentes pues que se vende á *carta de gracia* con una disminucion de una tercera parte ó más del precio (3), parte que perderia el vendedor (4); 4.º Que si el vendedor, ó su causa-habiente, durante muchos años no usa del derecho de redimir, no se le puede culpar de negligente pues sabe que goza de la posesion de su derecho de redimir mientras en virtud de un acto del comprador ó del causa-habiente no tenga la finca el carácter de libre (5); y 5.º Que la Ley 2.ª, Cod. *De pactis inter empt. et vendit.*, IV, 54, dice que el pacto de retro puede continuarse en el contrato de compra-venta, ya consignándolo para utilizarlo dentro de tiempo determinado, ya para utilizarlo en cualquier tiempo *(quandocumque)*, palabras que, contraponiéndose á las de tiempo determinado, indican verdadera perpetuidad (6).

Pero los mismos autores catalanes, en conformidad al principio de que el vendedor cuasi posee el derecho de redimir, dicen que éste prescribirá cuando interpelado el comprador ó su causa-habiente, ofreciéndole el precio y requiriéndole para la firma de la escritura de retroventa, niega el derecho de redimir, y el vendedor ó su causa-habiente nada reclama durante treinta años, término ordinario de la extincion de las acciones en Cataluña (7). Efectivamente, la contradiccion del comprador interrumpió la cuasi posesion del derecho de re-

---

(1) Fontanella, *Decis.* 76 Núm. 19 y *Decis.* 83 Núm. 1.º

(2) *Var resol.*, Cap. 11, Núm. 224.

(3) § 393.

(1) Fontanella, *Decis.* 76, Núm. 19 y *Decis* 83, Núm. 1.º

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 4.º Ns. 188 y 189.

(3) Fontanella, *Decis.* 76 Ns. 1 y 2.—Esta última razon quizá no seria bastante.—Prescindiendo de la opinion de tratadistas extranjeros, citaremos como muy notable la de Gregorio Lopez, que en la Nota 1.ª á la Ley 42, Tit. 5.º Part. 5.ª exceptúa de la prescripcion los casos en que el pacto de retro va unido á una lesion considerable en el precio, pues entonces el contrato se presume usurario, es decir, que encubre un préstamo á interés. Tambien D. Benito Gutierrez Fernandez, en la obra *Códigos españoles* y en el Artículo citado en la página 272, despues de hablar de la reduccion del precio que envuelve la simulacion de un préstamo, dice: « Ilustres escritores han sostenido su imprescriptibilidad (del derecho de »redimir). ¿Y cómo no? La retencion de parte del precio, ¿qué es sino el condo- »minio de la finca, su coparticipacion?»

(4) Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 11, Núm. 241.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 4.º, Ns. 188, 189 y 190.—Fontanella, *Decis.* 77, Ns. 15 y 16, Part. 1.ª—Cortiada, *Decis.* 149 Ns. 52 á 54.

dimir que tenia el vendedor, y sólo desde entonces principia á correr el término de la prescripcion fijado en el Usatje *Omnes causæ.*

Fontanella (1) dice que por el sólo trascurso del tiempo prescribirá la facultad de redimir cuando se estipuló despues del contrato; y efectivamente, dicha estipulacion no forma parte del contrato de compra-venta, ni hace que la venta sea *á carta de gracia.* Siendo posterior no pudo influir en la cantidad del precio que se entregó, y confiere al vendedor un derecho meramente personal.

§ 417. **Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** — En sentencia de 3 de Diciembre de 1864, tratándose de una venta á *carta de gracia* de Cataluña, declaró « que la facultad de redimir, aun cuando se la » quiera calificar de derecho facultativo, es prescriptible como todos » los de pura facultad, siempre que expresa ó tácitamente se haya » pactado así, y que cualquiera que sea la naturaleza de la accion que » nace del pacto de retro, habia trascurrido con exceso el prefijado » para la prescripcion de las acciones reales y mixtas, y por lo tanto » para las personales; y que el extremo de las usuras (2) no habia sido » objeto de discusion directa en el pleito, y que aunque lo hubiera sido » tampoco es aplicable la Ley 41, Tit. 5.°, Partida V, al contrato de » compra-venta con pacto de retro, y sí sólo á aquellos en que media » prenda ó hipoteca.»

Esta última consideracion demuestra que ni en el juicio ni en el recurso se precisó la verdadera índole de la *carta de gracia* ó empeño catalan.

Los Considerandos de la sentencia de 12 de Diciembre de 1865 atendieron á una legislacion completamente extraña á Cataluña. Dice así el primero: « Considerando que segun la Ley 5.ª, Tit. 8, Lib. XI de la No» vísima Recopilacion, ó sea 63 de Toro, las acciones personales, rea» les y mistas prescriben por el trascurso de 20 ó 30 años, y que siendo » la que se deriva del pacto de retro personal, ó personal é hipotecaria » y por lo tanto mixta, es claro que prescribe por no haberse ejercitado » durante el último término.»

La de 15 de Enero de 1867, al declarar que la prescripcion no puede alegarse cuando se ha reconocido la subsistencia de la accion *venditi* del vendedor *á carta de gracia*, se inclina á negar que en principio pueda ser objeto de prescripcion, pues dice: « Considerando, en cuanto á » la prescripcion, que aun dada la hipótesis de que los pactos de retro » se hallen comprendidos en el Usatge *Omnes causæ.* »

---

(1) *Decis.* 77, Núm. 13, Part. 1.ª

(2) Al interponer el recurso se invocó la *Constitucion* 1.ª, Tit. 20, Lib. IV, Vol. 1.° de las de Cataluña, «que previene sea vana é írrita la venta hecha en fraude de las usuras».

En 1867 se interpuso recurso de casacion contra una sentencia de la Audiencia de Barcelona que declaraba prescrito el derecho de retraer una finca vendida *á carta de gracia.* Alegáronse, como infringidos: 1.° El principio de que las leyes no pueden tener efecto retroactivo, al fundarse el fallo en una sentencia del Tribunal Supremo, dictada con posterioridad al contrato celebrado entre los causa habientes de los litigantes; 2.° Al dar mayor eficacia á las leyes de la Novísima, anteriores al Decreto de Nueva Planta y á las de Partida, que á las leyes canónicas y romanas, el referido decreto de 16 de Enero de 1716 (1), y la Constitucion 1.ª, Tit. 33, Lib. I, de las de Cataluña; 3.° Al declararse prescriptibles las ventas llamadas *á carta de gracia* ó con pacto de retro, la la Ley 2.ª, Código *De pactis inter emptorem et venditorem,* la Constitucion de Pio V *Cum onus apost.*, y la opinion de Fontanella, Cancer, Vives y otros jurisconsultos catalanes, que en falta de leyes forales forman jurisprudencia segun dicha Constitucion, lo cual habia declarado varias veces el mismo Supremo Tribunal; y 4.° La Ley 2.ª, Tit. 2.°, Partida I, al decidir este pleito por lo determinado en una sola sentencia de dicho Tribunal; la jurisprudencia admitida de que sus fallos sólo pueden aplicarse en casos análogos; y lo declarado por el mismo de que el contrato es la ley para los contrayentes, que en el caso presente habian pactado el derecho de redimir, siempre y cuando fuese su voluntad.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de Diciembre de 1867, no dió lugar al recurso, consignando los siguientes fundamentos:

«Considerando que las leyes sobre prescripcion son de derecho público, como dictadas en interés general y social y para asegurar el dominio y la propiedad, que siempre se hallarian en incierto no oponiéndose un término á las reclamaciones.»—«Considerando que el predio objeto de este pleito, aunque vendido en un principio con el pacto de retro y reconociéndose este derecho y gravámen durante varias luiciones, se vendió ya libre de aquella carga y en pública subasta en 12 de Diciembre de 1812 al causante de los demandados, trasfiriéndole su pleno y absoluto dominio; y que por no habérseles inquietado ni deducídose contra ellos desde aquella fecha reclamacion alguna en razon del expresado pacto hasta que se produjo la primera demanda, no puede dudarse, ni se ha negado, que concurren en este caso las condiciones que el derecho exige como necesarias para la prescripcion, quedando por ello reducida la controversia á si el derecho de retraer y la accion que de él se deriva, cuando para su ejercicio no se ha fijado tiempo en el contrato, pueden ó no prescribirse segun el derecho foral de Cataluña.» — «Considerando que conforme este derecho con los principios enunciados sobre la prescripcion, dispone por el Usatge *Omnes causæ* que todas las acciones civiles y crimina-

(1) De Nueva Planta.

»les son prescriptibles y se extinguen no ejercitándose en el término »de treinta años.»—«Considerando que estas disposiciones que forman »parte del derecho público catalan no pueden derogarse por conve- »nios particulares, porque esto seria sobreponer al bien general el in- »terés privado, debiendo entenderse legalmente que los pactos se su- »bordinan á las reglas establecidas por aquel, y que no son ineficaces »en cuanto á ellas se opongan.» — «Considerando que los términos en »que se ordena la prescripcion no permiten suponer que se exceptua- »ran de la ley comun acciones ni derechos que expresamente no se »hubiesen mencionado; y que tampoco se han excluido de aquel pre- »cepto general los referentes á la retroventa por ninguna otra ley pos- »terior.»—«Considerando que el derecho canónico que se invoca en »apoyo del recurso es supletorio en Cataluña, y no debe tomarse en »cuenta ni puede tener aplicacion en los casos en que, como en el pre- »sente, existe una disposicion expresa y terminante del foral.»— «Considerando que por la misma razon de que existe una ley foral que »determina la prescripcion de las acciones no debe suponerse que la »opinion contraria de los jurisconsultos catalanes que se citan haya »formado jurisprudencia, puesto que la forma sólo *en falta de leyes fo- »rales*, como se expone en el recurso, y que en todo caso la opinion »de los jurisconsultos, por más autorizados y respetables que sean, no »constituye jurisprudencia, sino siendo legal la doctrina que consig- »nen ó sustenten, y estando en este concepto declarada y admitida pór »los Tribunales.»—«Y considerando, por todo lo expuesto, que ningu- »no de los motivos en que se funda el recurso puede estimarse contra »la parte dispositiva de la sentencia, que absolviendo á los demanda- »dos no ha infringido ley ni doctrina alguna de las que se citan, ha- »biéndose declarado con arreglo á los principios generales de derecho, »á los del foral de Cataluña y á la jurisprudencia admitida por este »Supremo Tribunal, no tan solo en la sentencia que se refiere sino en »otras varias y en casos análogos.»

Con análogos antecedentes, la sentencia de 9 de Febrero de 1878 declara que, segun el Usatge *Omnes causæ*, las cosas prescriben y las acciones se extinguen á los treinta años; que la parte recurrente dejó pasar con exceso este término sin haber ejercitado la accion que le correspondia para reivindicar la finca vendida, en virtud del pacto de *retro* con que la venta se habia realizado; y que la Sala sentenciadora, al absolver de la demanda fundándose en esta consideracion, no infringe el Usatge á este propósito citado por el recurrente; y las opiniones de los comentaristas no sirven de fundamento al recurso de casacion, como repetidamente tiene declarado el mismo Tribunal Supremo.

CAPÍTULO 6.º

DEL CONTRATO DE CREACION Ó VENTA DE CENSALES.

SECCION 1.ª

NOCION DE ESTE CONTRATO Y DE LOS EFECTOS QUE PRODUCE.

§ 418. **¿Qué es censal?** — Censal es la pension ánua y esencialmente redimible, satisfecha por determinada persona y sus sucesores, en virtud y como justa remuneracion de un capital recibido.

Créanse los censales mediante la entrega de un capital, en cuya virtud la persona que lo recibe queda obligada á pagar una pension que tiene el referido nombre. Esto se verifica en forma de venta, llamándose vendedor el que recibe el capital, porque vende el derecho de cobrar una pension; el que lo entrega se llama comprador del censal, porque mediante la entrega de una cantidad ó precio adquiere el derecho de percibir la pension. Por esta razon los autores de obras de notaría (1) definen el contrato de creacion diciendo que *es la venta por cierto precio del derecho de percibir una pension ánua y proporcionada.* Esta definicion es incompleta, pues no indica el carácter esencialmente redimible que tiene el censal.

Este es un derecho personal, pues no recae sobre una finca, sino esencialmente sobre la persona del censatario, y á su fallecimiento sobre la de sus sucesores; por esta razon se ha dicho que una persona sin bienes puede crear un censal, si bien probablemente no hallará quien arriesgue un capital para percibir una pension cuyo pago con nada puede asegurarse.

Para esta garantía al crearse el censal se hipoteca una finca, y ántes de la Ley Hipotecaria se continuaba la cláusula de obligacion general de todos los bienes (2). A veces se consignaban los réditos de la finca hipotecada ó de otra, para que de ellos el perceptor cobrase las pensiones del censal; pero el N.º 1 del Art. 108 de la mencionada Ley prohibe hipotecar los frutos y rentas pendientes con separacion del predio que los produzca.

En el caso de falta de pago de las pensiones, el censualista se dirigirá ejecutivamente contra la finca especialmente hipotecada, del modo que disponen las Leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento civil.

---

(1) Comes, *Viridarium artis notariatus.*— Giberl, *Theorica artis notariæ.*
(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 2.ª, Ns 36 á 49.

Vése ahora la diferencia capital que existe entre el censal de Cataluña y el censo consignativo de Castilla. Este se impone directamente sobre una finca, de tal modo que tiene la consideracion de derecho real. Por haberlos considerado de la misma índole, algunos escritores, como el jurisconsulto Sr. Gutierrez Fernandez, han incurrido en trascendentales errores, pues han querido completar la legislacion catalana sobre los censales con la de Castilla que regula los censos consignativos.

De lo dicho se deduce: 1.° Que la creacion de un censal con hipoteca especial produce un derecho personal, y por consiguiente una accion personal (que es lo esencial), y el derecho real de hipoteca y la accion hipotecaria (que es lo accesorio); 2.° Que si el cênsatario enagena la finca hipotecada, el censualista puede ejercitar dos acciones: libremente, la personal contra aquel; y observando las disposiciones del Art. 12 de la Ley Hipotecaria, puede deducir la de este nombre contra el poseedor de la finca hipotecada, el cual á su vez podrá dirigirse contra el censatario para que le reembolse del importe de las pensiones que haya satisfecho, á no ser que al comprar la finca se hubiese descontado del precio el importe del capital del censal. El tercero que sólo posea parte de la finca hipotecada, podrá hacerse ceder las acciones para dirigirse contra los otros terceros poseedores (1).

Para evitar los inconvenientes que esto produce, al venderse una finca hipotecada al pago de un censal se traspasa éste al comprador, y por consiguiente una misma persona queda obligada al pago de las pensiones por si y en el concepto de dueño de la finca hipotecada. Este traspaso, considerado respecto al adquirente de la finca, se llama *encargament*, y para su validez es indispensable que el censualista intervenga manifestando que consiente el cambio de persona en la prestacion directa.

En garantía del pago de las pensiones, pueden tambien darse fiadores (2). El vendedor del censal, ó sea aquel que se constituye en censatario, puede pactar con los fiadores que dentro de cierto tiempo redimirá el censal ó les relevará de la fianza, haciéndose constar en la escritura de creacion ó en otra que se llamaba *carta de indemnidad.*

Este pacto no es válido cuando se estipule por consideracion y en beneficio del censualista (3), porque como en el § 123 se expondrá, no puede obligar al censatario á que redima el censal.

Segun Cancer (4) el fiador no puede comprar el censal al censualista y exigir en adelante las pensiones por medio de las acciones que éste

---

(1) Fontanella *Eod.*, Ns. 51 á 68.
(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 3.ª, Núm. 28.
(3) Fontanella, *Eod.*, Part. 3.ª, Núm. 16.
(4) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 5.°, Ns. 5 y 10.

le ceda. Fontanella (1), muy acertadamente, sostiene lo contrario; mas dicho fiador no podrá compeler al censatario á que le entregue el capital, porque esto equivaldria á la redencion forzosa del censal.

SECCION 2.ª

REQUISITOS DE ESTE CONTRATO.

§ 419. **De las personas que pueden celebrarlo.**— Siendo la creacion de un censal un contrato de compra-venta, es claro que sólo los que puedan celebrar éste podrán verificarla. El que se constituye en censualista ha de poder entregar libremente cantidades, y el que va á ser censatario no solo ha de poder contraer obligaciones personales, sino gravar sus bienes.

Los guardadores no pueden crearlos sin licencia del juez, dada concretamente para determinada creacion.

Los pueblos de realengo no podian crear censales sin la aprobacion del monarca y los de señorío sin la del señor, excepto en caso de penuria, peste, y para el arreglo de caminos, acequias y ribazos de los rios, si bien parece que en el último caso debia impetrarse la aprobacion del oficial real ó del señor (2).

§ 420. **Del precio de la creacion de censales.**—En Cataluña no se observa la disposicion del *motu propio* de S. Pio V, segun la cual la cantidad que constituye el precio ó capital del censal debe contarse en el acto del otorgamiento de la escritura ante el notario y los testigos (3). Además, aunque la disposicion de Martin V, que constituye el Capítulo 1.° del Título *De emptione et venditione* de las Extravagantes Comunes, III, 5, dice: *ipsi venditori tunc integraliter in pecunia numerata solvi convenerant*, y que la de Calixto III, que forma el Capítulo 2.° del mismo Título, usa las palabras *certum competens pretium, in numerata pecunia secundum temporis qualitatem*, *pro ut ipsi vendentes*, *et ementes in contantibus*, *super is inter se firmaverunt*, se ha considerado que refieren

---

(1) *De pactis nup.*. Claus. IV, Glos. 18, Part. 3.ª, Ns. 70 á 80.

(2) Veánse Comes (*Virid. art. nota.*, Tomo 1.° Cap. 20, § 11 Ns. 282 á 288) y Vives (Nota 1.ª al Tit. 11, Lib. VII, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña*).

(3) Fontanella (*De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 2.ª) dice: *Advertimus nos in hoc tractatu de censibus acturos seclusa Pii V constitutione in terminis solum juris comunis: cum enim in nostra Cathalonia, cujus præsertim alumnis scribimus non fuerit ea constitutio usu recepta prouti nos, qui in ea vivimus, certo testari possumus, et signaliter vidimus in Senatu, in quo cum fuisset oppositum de nullitate contractus censualis ex quo non fuerat pretium in pecunia numerata solutum juxta constitutionem Pii V quæ fuit in processu exhibita, fuit nihilominus* declaratum *quod ex que constabat venditorem debuisse certam pecuniæ quantitatem.....*

el hecho sancionado por ambas Constituciones, pero que no exigen el expresado requisito; por lo cual dice Fontanella (1) que la confesion de haber recibido el precio, hecha en el acto del otorgamiento de la escritura, es prueba de la entrega del dinero como lo es en todos los contratos de compra-venta, si bien podrá oponerse dentro de 30 dias la excepcion *non numeratæ pecuniæ.* El Art. 23 de la Instruccion de 12 de Junio de 1862 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, dispone que en los contratos en que haya mediado precio ó dinero de cuya entrega el notario no dé fé, se omitirá toda renuncia de excepcion y leyes favorables, y en su lugar declarará el mismo notario haber advertido á los otorgantes que, confesado el pago de dicho precio, queda libre la finca de toda responsabilidad por razon del mismo, aunque se justificase no ser cierta la entrega de todo ó en parte.

Consecuencia del referido principio, admitido en Cataluña, es la de poderse crear el censal con dinero que se adeudase (2), ó con la capitalizacion de las pensiones vencidas de otro censal (3), y la de poderse entregar, en pago del precio ó capital en que se fijó, frutos ú otros objetos justipreciados (4).

A pesar de lo dicho, no puede crearse un censal pactándose el precio al fiado, pues el comprador, ó sea el que se constituye en censualista adquiriria el derecho á cobrar la pension sin haber entregado el capital. Pero no hay inconveniente en que el comprador lo retenga por motivos especiales que interesen al vendedor.

Puede entregarse el precio ó capital por medio de tercero que lo tenga en su poder, ó que sea deudor del que se constituye en censualista.

En las ventas de fincas era muy frecuente crear censales con parte del precio por el que se vendian, á cuya seguridad el comprador que se constituia en censatario hipotecaba la finca que compraba.

El censal puede tambien crearse en testamento, imponiendo el pago de las pensiones á sus herederos ó legatarios, á favor de otro á quien se lega la percepcion. Si únicamente se menciona la cantidad que mensualmente se pagará en el concepto de pension, á tenor de lo que se dice más adelante, la capitalizacion se hará al tipo del 3 por 100.

§ 421. Límite en la pension de los censales.— Explicando Comes (5) el calificativo de *proporcionada* que respecto á la pension

(1) *Eod.*, Ns. 15 á 38.
(2) Fontanella, *Eod.* N.° 10.
(3) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 1.°, N.° 280.
(4) Fontanella, *Eod.* N.° 13.—Cancer, *Eod.* N.° 277.—Vives, en el lugar citado.
(5) *Viridarium artis notarialus*, Tomo 1.°, Cap. 20, § 19, N.° 10.—Fontanella, *Eod.*, Ns. 7 y 8.

usa al definir el contrato de creacion de censal, dice que la pension ha de ser razonable, es decir, arreglada á la costumbre del país, pues las leyes no fijaban su proporcion con el capital. Por costumbre era razon de un 5 por ciento, si bien en algunos puntos resultaba en proporcion de un interés mucho menor. Segun Fontanella, en el obispado de Tortosa era de un 7 y ½ por ciento.

La Pragmática de 9 de Julio de 1850 hizo extensiva á Cataluña la que en 1705 se habia publicado para Castilla y Leon, que forman las Leyes 8 y 9, Tít. 15, Lib. X de la Nov. Recop., reduciendo al 3 por ciento la pension de todos los censos al quitar. Siendo pocos los que se contentan con este rédito, desde entónces de dia en dia ha sido más rara la creacion de los censales.

§ 422. **¿Cuándo debe pagarse la pension?**—Comes (1) dice que es nulo el pacto de pagarse anticipadamente, nulidad que dicho autor de notaría hace derivar del *motu proprio* de San Pio V. Es indudable que siempre se paga por anualidades vencidas.

SECCION 2.ª

REDENCION DE LOS CENSALES.

§ 423. **Redimibilidad de los censales.**—Los censales son esencialmente redimibles. Haciéndose la creacion en forma de compraventa, la redencion se consigna en la de retroventa (2). La redencion se considera como la devolucion del precio, y se llama *luicion ó quitacion.*

No puede limitarse ni en cuanto al tiempo desde que podrá hacerse, ni fijando un dia, pasado el cual no podrá verificarse (3). Es esencialmente potestativa, y por esto ha sido calificado de facultad indefinida (4) y libre.

Recayendo el censal sobre la persona del censatario, y estando obligada la finca únicamente en concepto de hipoteca, no es aplicable la disposicion única del Art. 150 de la Ley Hipotecaria, á tenor de la cual siempre que por dolo, culpa ó voluntad del censatario llegare la finca á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, el censualista puede obligar á dicho censatario á que redima el censo mediante el reintegro de todo el capital.

---

(1) *Eod.* N.º 6.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 3.ª, Ns. 1 y sigs.

(3) Fontanella, *Eod.*, Ns. 4 á 8.

(4) Fundándose en esta cualidad, los censales eran calificados de *perpétuos*; los notarios los llamaban *muertos*, palabra que algunos criticaban y sustituian por la de *inmortales*.

§ 424. Pacto para lograr la redencion dentro de cierto tiempo.—Está admitido un pacto por el cual se logra la redencion dentro de cierto tiempo: tal es el llamado de *mejorar la hipoteca.* Consiste en la promesa, hecha por el que se constituye en censatario, de que pasado cierto número de años, comunmente cinco, el censualista podrá exigirle que mejore la garantía dada para el censal constituyendo en hipoteca otra finca ó dando fiadores á satisfaccion de aquel, y que de no verificarlo incurrirá en la pena del pago de una cantidad igual al precio ó capital del censal, que si el censatario exige se aplicará á la redencion (1). Los autores de derecho catalan dicen que por medio de esta sutileza se salva el principio de ser la redencion completamente libre, pues el censatario no es compelido directamente á la redencion, y haciéndola por haber optado entre ella y la mejora de la hipoteca, resulta ejecutada voluntariamente.

Este pacto fué implícitamente reconocido por la Constitucion 25 (2) del Tít. 11, *De executiò de censals*, Lib. VII, Vol. 1.°, que prohibió continuarlo en las creaciones de censos vitalicios.

Dice Fontanella (3) que es válido el pacto de que no satisfaciendo el censatario alguna de las pensiones ó no cumpliéndose otras circunstancias convenidas, incurrirá en la pena de satisfacer una cantidad igual al precio ó capital del censal, con destino á su redencion. Vives (4) dice que no ha visto usado este pacto.

Añade Fontanella (5) que el censualista puede obligar al censatario á que verifique la redencion siempre que el primero resulte dolosamente engañado, por ejemplo si los bienes del segundo estaban vinculados, enagenados ó gravados con otras obligaciones que rebajasen la fortuna del que se constituyó en censatario. Hoy, que siempre debe constituirse la hipoteca especial del modo que dispone la Ley Hipotecaria, la afirmacion de aquel jurisconsulto no puede aplicarse.

§ 425. No puede pactarse la redencion forzosa por el comiso de la finca hipotecada.—Es nulo el pacto de que no satisfaciendo el censatario una ó más pensiones caiga en comiso la finca hipotecada, pues el valor de la misma puede ser mucho mayor que el importe del censal (6), y porque no seria otra cosa que el pacto comisorio prohibido por las Leyes romanas vigentes en Cataluña.

---

(1) Peguera, *Decis.*, Cap. 131. — Ripoll, *Var. resol.*, Cap. 14, N.° 39. — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 2.ª, N.° 50, y Part. 3.ª, N.° 58. — Cortiada, *Decis.*, 198, Ns. 20 y 21.—Vives, en el lugar citado.

(2) Felipe IV, en las Córtes de Barcelona, año 1701, Cap. 13.

(3) *Eod*, Part. 3.ª, Ns. 86 y 87.

(4) Nota 1.ª al Tít. 11, Lib. VII, Vol. 1.°

(5) *Eod.*, N.° 92.

(6) Fontanella, *Eod.*, N. 91.

§ 426. **Modo de hacer la redencion.**—Para redimir un censal deben entregarse el capital, las pensiones vencidas y no satisfechas, y la parte que *á prorata* del tiempo trascurrido corresponda de la pension de aquel año (1). De lo contrario el censualista no está obligado á admitir la redencion.

Siendo esta voluntaria, el censatario no puede utilizar lo dispuesto en la Auténtica *Hoc nisi debitor* del Cod. *De solut.*, VIII, 43, dando en pago un inmueble cuyo justo precio equivalga al capital del censal; pero nada impide que de comun acuerdo se verifique en esta conformidad (2).

Puede hacerse la redencion designando una deuda líquida que el censualista tenga á favor del censatario (3).

Si ambas partes no se ponen de acuerdo para el otorgamiento de la escritura de redencion, el censatario hará un requirimiento notarial al censualista. Si éste no se allana, el primero depositará debidamente las cantidades expresadas y quedará libre de la prestacion (4), pudiendo pedir judicialmente que se cancele la hipoteca existente á su responsabilidad.

La escritura de redencion se extiende en forma de carta de pago del precio de la retroventa, y se llama escritura de *redencion*, *luicion*, *quitacion* y *definicion* (5).

Para la redencion de los censales que se prestaban á causas pias, iglesias, comunidades, etc., era indispensable depositar el capital para que se emplease nuevamente; y en el obispado de Barcelona, en 1750, el Ordinario designó los archivos en que debian depositarse las cantidades á fin de que pudiesen otorgarse las oportunas escrituras de redencion.

Segun Vives (6) está admitido el pacto de que para redimir se habrá de depositar el capital para emplearse debidamente; pero sólo tiene aplicacion al caso de estar gravados los bienes del que se constituye en censualista.

El menor no puede redimir el censal.

De propósito omitimos las reglas para la redencion de los censales procedentes de la desamortizacion, como tampoco expusimos las relativas á los censos de igual orígen.

§ 427. **La redencion no puede impedirse.**—Siendo la reden-

---

(1) Por elípsis á esta parte de pension se le llama *prorata*.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 5.ª, Ns. 8 y 10.

(3) Fontanella, *Eod.*, Ns. 13 y 14.

(4) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 3.ª Part. 6, N.º 16.

(5) Los notarios deben abandonar algunas de estas palabras, que siendo barbarismos afean el contexto de la escritura.

(6) Nota 1.ª al Tit. 9, Lib. VII, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña*.

cion de la libre voluntad del censatario, no obstará á que se verifique que el censatario sea menor ó incapacitado, ó tenga sus bienes gravados de restitucion, ó que el actual perceptor sea un usufructuario. En el primer caso se observarán las formalidades que el derecho exige en los cobros de los menores ó incapacitados; en el segundo, si no se presta caucion bastante, se depositará la cantidad; y en el tercero se requirirá al propietario para que tome parte en el otorgamiento de la escritura de redencion. No verificándolo, ó no siendo esto posible, el usufructuario asegurará debidamente la cantidad, y en su defecto se procederá al depósito (1).

§ 428. **Enagenacion de la facultad de redimir.** — El censatario puede conceder á un tercero la facultad de redimir el censal. Esta cesion no surtirá efecto si desde luego no fuere utilizada.

Esto se verifica del modo siguiente. El cesionario notifica la cesion al perceptor por medio de un requirimiento notarial, intimándole al propio tiempo que otorgue á su favor *escritura de retroventa* del censal (2). El censal sólo quedará redimido respecto del censualista, pues el censatario deberá pagar las pensiones á su cesionario, dueño ya del censal, á no ser que le hubiere entregado el importe de la redencion.

Esta cesion era muy comun cuando se satisfacian censales á distintas personas, y se hallaba una que comprobaba el derecho de percepcion de todos ellos, merced á lo cual el censatario sólo estaria obligado respecto á un perceptor.

SECCION 4.ª

CONSIDERACION DEL DERECHO DEL CENSALISTA Y DE SU ENAGENACION.

§ 429. **¿A qué clase de bienes pertenecen los censales?** — Por su duracion indefinida los censales se reputan bienes inmuebles (3), y por tanto en la sucesion siguen la condicion de los bienes raices, teniendo esto importancia especial cuando se trata de la sucesion de los impúberes (4).

La consideracion de inmueble que tiene este derecho, no destruye su carácter esencialmente personal en cuanto se le considera separado de la hipoteca.

---

(1) Véase Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 18, Part. 6.ª, Ns. 1 á 5.
(2) Véase el § 426.
(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap 7.º N.º 121. Miguel Ferrer, *Observ.*, Par. 3.ª, Cap. 63.
(4) Francisco Ferrer, *Super Const. Los impubers*, Glosa 3.ª, Ns. 93 y 94.

§ 430. Enagenacion del derecho de percibir un censal. — El censualista puede vender su derecho sin otra limitacion, en cuanto al precio, que la general de no causar lesion. En caso de redencion, el adquirente percibirá el capital del censal sin aumento ni disminucion en los casos de haberlo comprado por mayor y menor precio. Recuérdese que el fiador puede comprar al censualista el derecho de exigir las pensiones al censatario, del mismo modo que podria hacerlo cualquier otra persona.

Contándose los censales entre los bienes inmuebles, se deduce: 1.° Que los tutores y curadores, y hoy el padre que tenga el usufructo de los bienes del hijo, no pueden vender el censal que perciba el menor ni transigir sobre él (1), y en caso de necesidad deberán hacerlo mediante autorizacion judicial; 2.° Que redimido el censal, se considera que la cantidad entregada está en su lugar, lo cual tiene importancia en el caso de sucesion de un impúber (2).

SECCION 5.ª

RECLAMACION Y PAGO DE LAS PENSIONES.

§ 431. Acciones que competen al censualista.—El perceptor de un censal hipotecado puede ejercitar la accion hipotecaria contra cualquier poseedor de parte de la finca dada en garantía, el cual podrá pedir la cesion de acciones para dirigirse contra los demás poseedores. Es la aplicacion de la doctrina de la indivisibilidad de la hipoteca, confirmada por el Art. 123 de la Ley Hipotecaria.

En el caso, poco comun, de que el censatario no sea el poseedor de la finca hipotecada, se dirigirá contra él la accion personal, y en caso de no pagar las pensiones se dirigirá la hipotecaria contra los poseedores de dicha finca, del modo que disponen los Artículos 127 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Antiguamente en el mismo caso los terceros poseedores de los bienes del que vendió el censal, ó sea del que se constituyó en censatario y sus sucesores no estaban obligados á pagar en razon á la hipoteca general de bienes más que despues de escutidos los del censatario y de los fiadores, si los hubiere. En conformidad á la Auténtica *Hoc si debitor*, Cod. *De pignoribus* VIII, 14, sacada de la Novela IV, Cap. 2, lo disponia la Constitucion 10 del Título 11 (*De executió de censals*) Lib. VII, Vol. 1.°. En la práctica se exceptuaban los casos de ser el censatario notoria-

---

(1) Cancer, *Eod.*

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 5.ª, N.° 7. — Francisco Ferrer, en el lugar anteriormente citado.

mente insolvente, ó de tener sus bienes en el territorio de otra Audiencia (1).

Si el que se constituyó en censatario era poseedor de bienes vinculados ó sujetos á restitucion, sus sucesores sólo podian ser reconvenidos en cuanto alcanzaba lo que aquel tenia á su libre disposicion. Así lo dispone el apartado 2.° de la misma Constitucion 10.ª

Hoy que las hipotecas son especiales, y que se inscriben en el Registro los gravámenes de restitucion, esto sólo tiene importancia histórica.

La reclamacion puede deducirse por la via ordinaria y por la via ejecutiva, debiendo estarse á lo que la Ley de Enjuiciamiento civil dispone en cuanto á los títulos que tienen aparejada ejecucion, entre los cuales se cuentan las escrituras públicas de primera copia ó de segunda librada en virtud de mandamiento judicial con citacion de la persona á quien ha de perjudicar ó de su causante, y por consiguiente hoy no es necesario que se haya continuado la cláusula llamada *guarentigia*, que daba fuerza ejecutiva á la escritura.

El juez no puede denegar la ejecucion fundándose en que no conste suficientemente la existencia de la deuda, es decir, que el censatario no haya satisfecho la pension ó pensiones. Esto es de incumbencia del ejecutado, que á su tiempo opondrá la escepcion de pago, y mediante su prueba logrará que se impongan al ejecutante todas las costas del juicio.

Las Constituciones 4.ª y 5.ª del mismo Tit. *De executió de censals*, que prescribian el tiempo, modo y forma de oponer el censatario las escepciones, han sido sustituidas por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil. Acerca la escepcion de prescripcion, véase lo que más adelante se dice sobre la prescripcion de las pensiones y de los censales.

La Constitucion 3.ª del propio título dispone que la ejecucion por razon de censales no puede impedirse por cesion de bienes si al crearse el censal se renunciase este beneficio. Segun la Constitucion 2.ª del Título 24 (*De diversos rescrits*) Lib. I, Vol. 1.°, los acreedores censualistas no están obligados por el convenio ajustado entre el deudor y los demás acreedores, pudiendo instar libremente la ejecucion.

Hoy deben tambien aplicarse las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil. El Art. 511, relativo á los concursos voluntarios, faculta á los acreedores por contrato que se abstengan de tomar parte en la votacion sobre el convenio, en cuyo caso no quedan obligados á estar y pasar por lo acordado; si toman parte en la votacion, quedan obligados como los demás acreedores. El Art. 621 extiende esta disposicion á los concursos voluntarios.

Cuando el censatario tiene concursados sus bienes, el censualista no

---

(1) Cancer, *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 5, N.° 195.

puede ejercitar independientemente del concurso la accion personal nacida del contrato, gozando de la libertad que se ha expresado en cuanto á la hipoteca, que casi siempre va unida al censal.

La Constitucion 7.ª del mismo Título *De executió de censals* (1), reconociendo que á la esposa le deben quedar á salvo la dote, su aumento y otros derechos que tenga en los bienes de su marido, y el ejercicio de la opcion dotal establecido en la Pragmática de D. Jaime I (2) de 1241, dispone que si las mujeres ó sus bienes estuvieren obligadas ú obligados á los censales, ó hubieren intervenido en su creacion prometiendo ó jurando no contravenir á ello por razon de su dote ó de otros derechos, se puede hacer la ejecucion en los bienes de los maridos sin que obste la oposicion de las mujeres. Siendo esta disposicion posterior á la del Senado Consulto Veleyano y á la Auténtica *Si qua mulier*, limita sus disposiciones; pero á su vez en Barcelona está limitada por el Capítulo 11 del *Recognoverunt proceres*, segun el cual la mujer que se obliga con su marido en los contratos de mútuo y de depósito, no está obligada á pagar mientras basten los bienes del marido, y en su defecto lo está en cuanto la mitad, aunque jurare y renunciare al beneficio del Senado Consulto Veleyano y al derecho de su hipoteca, lo cual se explicará al tratar de la fiaduría. Esto ha perdido su importancia con la supresion de las hipotecas generales, pero puede tenerla cuando los bienes del marido sean de poco valor en proporcion á los derechos de la mujer y al importe de las pensiones de los censales.

Para este caso y para las demás oposiciones que se formulen á la ejecucion hecha por razon de censales, debe tenerse presente que, segun el Art. 133 de la Ley Hipotecaria, no se suspenderá en ningun caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, como tampoco se suspenderán por la muerte del deudor ó tercer poseedor, ni por la declaracion de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos.

Respecto á las tercerías de dominio y de mejor derecho, á pesar de las disposiciones de las Leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento civil, conservan alguna importancia las Constituciones 8.ª, 9.ª y áun la 10 del mismo Título 11 *De executió de censals;* la novena, especialmente, tiene importancia por precisar la prelacion que tiene la mujer por su dote y esponsalicio, del modo que explicamos en el § 143 al tratar de la opcion dotal. Repetimos lo que entónces dijimos, de que para graduar la preferencia de los créditos debe atenderse á las disposiciones del derecho

---

(1) Alfonso IV, en las Córtes de Barcelona, año 1432, Cap. 10.
(2) § 143.

romano y de la Ley Hipotecaria, que establece la absoluta preferencia de las hipotecas expresas y especiales.

§ 432. **¿Cuántas pensiones pueden pedirse?**—El censualista eclesiástico podia reclamar 39 pensiones; los láicos pueden pedir 29 en virtud de accion personal, pues si bien podia reclamarse el mismo número deduciendo la accion hipotecaria, hoy, segun el Art. 134 de la Ley de aquel nombre, solo podrán pedirse 19, pues dicha accion prescribe á los 20 años, contados desde el dia en que pudo ejercitarse. Por las diez pensiones restantes quedará expedita la accion personal que habrá de deducirse en juicio ordinario, pues, segun la jurisprudencia formada por la Audiencia de Barcelona, la accion ejecutiva prescribe á los diez años.

Además, si bien la hipoteca se constituye en los censales para asegurar el pago de las pensiones y nó del capital, debe tenerse en cuenta que, segun el Art. 114 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca constituida á favor de un crédito que devengue interés no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años trascurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

§ 433. **Censales creados por los pueblos.** — La Constitucion 12 del tantas veces citado Título *De executió de censals*, dispone que si alguna poblacion hubiere hecho un Sindicado y autorizado á los síndicos para crear censales, obligando todos los vecinos de la poblacion presentes, ausentes y futuros sus bienes, todos puedan ser ejecutados. Actualmente las obligaciones de los pueblos se incluyen en los presupuestos, y cualquier acreedor debe hacer continuar en ellos su crédito y formular luego la reclamacion contra el Ayuntamiento.

§ 434. **El censualista ¿puede deducir interdictos?**—Los autores dicen que puede intentarse el interdicto de retener la posesion cuando se intente perturbarle en la casi posesion que tiene de la percepcion de las pensiones, y especialmente el de recobrar cuando se le hubiere despojado (1). Pero aparte de las dificultades que esto ya debia ofrecer, hoy por la naturaleza que tienen los dos interdictos expresados, y por los términos concretos con que debe ofrecerse la informacion testifical, no serán procedentes.

§ 435. **Prescripcion del derecho del censualista.**— El no pago de 30 pensiones y de 40 en los censales eclesiásticos, ¿extingue el derecho á cobrar las posteriores, y por consiguiente es causa de la extincion completa del censal?

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Ns. 2 y sigs.

No estuvieron muy de acuerdo los antiguos tratadistas catalanes, pues si Mières (1) y Ripoll (2) opinaban á favor de la imprescriptibilidad, Cancer (3) y Fontanella (4), cuyas obras son las más conocidas en el foro catalan, sostuvieron que el censo quedaba extinguido á los treinta años de no haberse reclamado la pension, excepto en Barcelona, donde en virtud del Capítulo 44 del *Recognoverunt proceres* la accion hipotecaria duraba 40 años. Posteriormente la jurisprudencia catalana se decidió en contra de la prescripcion por el solo transcurso de los 30 ó 40 años sin haberse satisfecho las pensiones. Vives (5), que lo afirma, dice que si el censatario probase que se resistió al pago, negando el derecho del que como censualista se lo reclamaba, y despues de este hecho transcurriesen los 30 ó 40 años sin formular el censualista la reclamacion de las pensiones, el censal habria prescrito. Vives dice que esto está conforme al requisito que Tristany (6) exige para la prescripcion, ó sea el de que haya posesion continuada durante el tiempo señalado por la ley, y de que principiará con un hecho positivo que lo demuestre.

El mismo escritor dice que prescribirá el censal si concurren circunstancias especiales bastantes para presumir que se efectuó la redencion, y cuando se trate de un censal antiguo, la de no haberse satisfecho las pensiones desde un tiempo inmemorial, pues se presume que fué redimido.

En la diócesis de Gerona por el sólo transcurso de 30 años sin pedir las pensiones, ya prescribian los censales (7).

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 1866 no contiene declaracion alguna sobre este punto, sino que se refiere á la

(1) *Apparatus super Cons.* Coll, 9.ª, Cap. 32, N.º 15.
(2) *Var. resol.*, Cap. 14, Núm. 254.
(3) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 15, Ns. 40 y 41.
(4) *De pactis nup.*, Claus. 4, Glos. 18, Part. 5.ª, Ns. 15 á 20.
(5) Nota 9.ª del Tit. 11, Lib. VII, Vol 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*
(6) *Decis.* 23, Ns. 8 y siguientes.
(7) En el obispado de Gerona se observaba la costumbre de la no prescripcion del censal por el simple hecho de no pagar las pensiones durante el tiempo expresado; pero en 9 de Noviembre de 1512 se publicó una Pragmática derogando aquella costumbre por ser contraria al Usatge *Omnes causæ* y á otras constituciones que admiten la prescripcion. El clero de aquel obispado recurrió contra dicha Pragmática, y el Rey suspendió sus efectos hasta que se decidiese el pleito que el mismo clero habia promovido sobre la fuerza de la costumbre que se observaba y la validez de la Pragmática, pleito que se falló declarando que la Pragmática de 1512 no comprendia los intereses de la Iglesia y de los clérigos; y como en virtud de esta sentencia á su vez los láicos recurriesen tambien, la Audiencia en 24 de Octubre de 1526 declaró alzada la suspension de la Pragmática en cuanto á los censales que percibian los láicos, y por consiguiente desde entonces contra éstas han prescrito los censales en dicho obispado. (Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 5.ª, Ns. 61 á 67).

fianza. La Audiencia de Barcelona habia condenado á un demandado á reintegrar el importe de las pensiones de un censal que habia pagado un fiador, correspondientes á los años transcurridos desde 1823 á 1862. Se interpuso recurso de casacion, citándose como infringidos, entre otros preceptos legales, el Usatge *Omnes causæ* y la Ley 7.ª, Cod. *De prescrip. trig. vel quadrag. an.* por no haberse atendido la prescripcion; y el Tribunal Supremo declaró que la infraccion, áun siendo cierta, de leyes no propuestas ni debatidas en el pleito, no puede servir de motivo de casacion.

La sentencia del mismo Tribunal de 27 de Febrero de 1875 declara terminantemente la prescriptibilidad por la simple falta de pago: los considerandos son suficientes para conocer la doctrina que de ella se deduce. Dicen así:

«Considerando que no es doctrina admitida por la jurisprudencia de »los Tribunales la de que en Cataluña son imprescriptibles los cen- »sos (1), doctrina que pugnaria con la disposicion clara y terminante »en el Usatge *Omnes causæ* que forma parte del derecho foral vigente »en aquel territorio, en cuya virtud todas las acciones civiles se extin- »guen por el transcurso de treinta años.» — «Considerando que los re- »quisitos que para constituir y hacer eficaz la prescripcion como »medio de adquirir el dominio no son necesarios cuando se trata de la »prescripcion de las acciones, bastando para que estas queden extin- »guidas y no puedan utilizarse que aquel que ha podido ejercitarlas »no lo haya verificado dentro del término que al efecto señala la ley.» —«Considerando que es un hecho probado á juicio de la Sala senten- »ciadora, contra cuya apreciacion no se ha citado como infringida ley »ó doctrina legal, que desde 1802, en que se estableció el mencionado »*censal* hasta la fecha en que se dedujo la demanda objeto de este plei- »to, han trascurrido más de sesenta y cinco años sin que los deman- »dados ni sus causantes hayan satisfecho pension alguna ni se les haya »reclamado su pago, ni ménos se les haya exigido por nadie el reco- »nocimiento del censo.» — «Considerando que las personas á las cua- »les pudiera asistir derecho á la percepcion de las pensiones no tu- »vieron obstáculo legal en tiempo alguno para reclamarlas, y por »consiguiente el plazo para la prescripcion de la accion que al censa- »lista correspondia empezó á correr desde el dia en que venció y no »fué satisfecha por el censatario la primera pension; de todo lo cual se »infiere de un modo indudable que ha transcurrido con notable exce- »so el tiempo necesario para la extincion de la accion intentada por el »demandante y actual recurrente.»

---

(1) Se trataba de *censales*.

CAPITULO 7.º

DE LA VENTA Ó CREACION DE CENSALES DE POR VIDA, O VIOLARIOS.

SECCION 1.ª

DEL VIOLARIO EN GENERAL.

§ 436. **¿Qué es «violario»?**—*Violario* es la obligacion, esencialmente redimible, de pagar una pension anual durante la vida de una ó dos personas, contraida en virtud de un capital recibido.

§ 437. **De su venta ó creacion.** — La creacion se hace en forma de venta, y por esto los autores la definen diciendo que *es la venta del derecho de percibir una pension anual y proporcionada durante una ó dos vidas, por cierto precio y mediante la facultad de redimir.*

§ 438. **¿Por cuántas vidas puede constituirse?**—Puede constituirse por una ó dos vidas, y nó mas: así lo dispone la Constitucion 25 (1), Tit. 11 (*De executió de censals*), Lib. VII, Vol. 1.º

Cancer (2) dice que no pueden constituirse por dos vidas, reservándose el que se constituya en primer perceptor la facultad de designar en testamento la persona que deba percibirlo en segundo lugar, pues se quita la posibilidad de que el segundo fallezca ántes ó al mismo tiempo que el primero. Añade que en el caso de haberse pactado en esta conformidad, el violario será válido en cuanto al primer perceptor, pero nó en cuanto al segundo. Cancer fundaba esta prohibicion y nulidad en la facilidad de convertirse el contrato en usurario, por cuya razon hoy que existe completa libertad en la estipulacion de intereses, no hay inconveniente en que ambas partes contratantes acuerden lo que tengan á bien.

§ 439. **Límite en la pension.**—Era del catorce y dos séptimos por ciento. Las Reales órdenes de 4 de Setiembre de 1751 y 25 de Julio de 1753 declararon que no era aplicable á los violarios la Real cédula de 1750 sobre reduccion de las pensiones de los censales.

Actualmente, merced á la Ley de 14 de Marzo de 1856, existe libertad

---

(1) Alfonso IV, en las Córtes de Barcelona, año 1432, Cap. 13.
(2) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 7, Ns. 76 y 77.

completa, y para fijar la pension se atenderá al cálculo probable de vida consignado en la Ley 68, Dig. *Ad legem Falci*, XXXV, 2.°

§ 440. **Redimibilidad de los violarios.**— Los violarios son redimibles en la forma expuesta para los censales.

La citada Constitucion 25 del Tít. *De executió de censals* prohibe que directa ni indirectamente se consigne la promesa de mejorar la hipoteca, *de tal modo que haciéndose lo contrario el acreedor incurra en la pena de perder el precio y propiedad de dicho censo de por vida.*

§ 441. **¿Cuándo cesa el violario?** — El violario se extingue á la muerte de la persona ó personas durante cuyas vidas deba prestarse, sin necesidad de acto alguno por parte del que satisfacia la pension.

Constituido por dos vidas, no se extingue en cuanto á la mitad por el fallecimiento del primer perceptor (1).

§ 442. **Reglas del violario en todo lo no expresado.**— Son las mismas de los censales. Fontanella (2) dice: *Violaria eisdem regulis regulantur atque censualia et quæ de uno dicuntur de alio etiam dicta censetur.*

SECCION 2.ª

DEL VIOLARIO CONSTITUIDO COMO PRECIÓ DE LA VENTA DE UNA FINCA.

§ 443. **Su nocion.**— Es el violario irredimible, creado mediante la entrega de una finca, cuyo precio sirve de capital al censal de por vida que se crea. — El contrato de su creacion pertenece á los que en Roma se llamaban innominados y se comprendian en la fórmula *do ut des.*

La escritura se redacta en forma de venta de la finca, pactándose que el comprador retiene el precio y con él se crea el violario.

La pension se establece sobre el tipo del precio que se fijaria para la compra-venta, y no podia exceder del catorce y dos séptimos por ciento del justo valor, sin que le comprendiese la Pragmática de 1750.

Al crearse, las más de las veces se hipoteca en garantía del pago de las pensiones la misma finca cedida al que se constituye en censatario. Segun el Apartado 2.° del Art. 142 de la Ley Hipotecaria, esta hipoteca surtirá efecto en cuanto á tercero mientras no se haga constar en el Registro el fallecimiento de la persona que produce la extincion de la obligacion de pagar las pensiones.

---

(1) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 18, Part. 3.ª, N.° 114.
(2) *Eod.*, N.° 97.

No siendo redimible el violario así creado, no tiene razon de ser el pacto de mejorar la hipoteca, prohibido en general para todos los vitalicios en la Constitucion 25 del Tít. *De executió de censals.*

CAPÍTULO 8.°

DEL ARRENDAMIENTO.

SECCION 1.ª

DEL ARRENDAMIENTO PROPIAMENTE DICHO.

§ 444. **Derecho vigente.** — No existen disposiciones especiales sobre el arrendamiento. Se observan las del derecho romano, y alguna de las Decretales que las confirman.

§ 445. **Del arrendamiento á plazo largo é indeterminado.**— Cancer (1) sostenia que el arrendamiento á largo plazo debe considerarse enagenacion para los requisitos de la celebracion del contrato, y citaba varios autores para demostrar que el plazo se consideraria corto ó largo segun la costumbre del país, siendo el segundo en Cataluña de diez años, como afirman Socarrats (2) y Solsona (3), aunque éste queria reducirlo á cinco.

El núm. 4.° del Art. 2.° de la Ley Hipotecaria dispone que se inscriban en el Registro los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo que exceda de seis años; y este será el límite entre los arrendamientos á corto y á largo plazo.

Por consiguiente los tutores y curadores no podrán dar en arriendo por más de seis años los bienes de los menores ó incapacitados, ya que por sí no pueden enagenar los inmuebles.

Tampoco podrá hacerlo el usufructuario si no es costumbre general en el país y no produce una ventaja respecto á la finca, pues como el propietario, en general, debe respetar los arriendos hechos por el usufructuario (4), no es justo que éste pueda ligarle por largo tiempo.

En el § 260 dijimos que á tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los principios que regulan el pago del laudemio, no de-

---

(1) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 14, Ns. 26 á 29.

(2) *Comment. Petri Alberti*, Cap. *eodem*, Núm. 76 (pág. 129) y Cap. *cautum*, N.° 27 (pág. 552).

(3) *Lucern. laud.*, Prelud. 4.°, N.° 23.

(4) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Enero de 1877, aunque fué dada en caso de Castilla.

berá pagarse en los arriendos á largo plazo, como suponian los autores catalanes.

El Tribunal Supremo ha declarado (1) que no hay costumbre alguna en Cataluña, ni disposicion que atribuya el carácter legal de enagenacion al simple arrendamiento sin tiempo determinado, el cual por consiguiente está sujeto á las reglas comunes y á las prescripciones de la Ley 19, Tít. 7, Part. III, segun la cual se halla autorizado el comprador de la cosa arrendada para lanzar de ella al arrendatario que no lo fuese de por vida y sin plazo cierto.

§ 446. **Del arrendatario que edifica en el terreno arrendado.**—Segun el Usatge *Si quis in alieno* (2), el arrendatario que debidamente facultado edificó en el terreno arrendado y abandonare la casa voluntariamente sin culpa del dueño ni forzado por alguna necesidad, no recobrará (es decir no podrá hacerse abonar) el precio de los materiales ni la paga de los operarios; pero si desamparase la casa por culpa del dueño ó forzado por alguna necesidad, como por hambre en el país, ó por guerras, ó por opresion de algun poderoso, entónces el dueño está obligado á devolverle el precio de los materiales (3), compensándose si alguna cosa debe por alquiler de la casa.

Este Usatge se refiere únicamente al caso que expresa, nó á todas las mejoras necesarias y útiles hechas en la finca (4), cuyo abono se hará en los casos y del modo establecido por las Leyes romanas. Las últimas palabras del Usatge no permiten dudar de esta interpretacion: *e cualsevol cosas qui sien ditas de aquell qui a bona fé e mala fé edificat, totas sien entesas de aquell qui sembra o planta o la silva infructuosa dereja* (5). Si hubiese querido comprender otros casos, habria hecho la misma indicacion que respecto de la siembra ó plantacion.

Pero se aplica á todos los casos en que proceda la indemnizacion el principio de la compensacion consignado en dicho Usatge, pues á más de estar conforme á los principios generales del derecho, lo dispone una Ley romana (6).

§ 447. **Reduccion de la merced por esterilidad de la cosa arrendada.**—El Cap. 3.° de las Decretales de Gregorio IX, *De locato*

---

(1) Sentencia de 17 de Setiembre de 1863.

(2) Tít. 1.° (*De adquirir domini de las cosas*). Lib. VII, Vol. 1.°

(3) El Usatge omite involuntariamente «*y el importe de los jornales empleados.*»

(4) Como algunos han supuesto, y entre ellos los autores del *Manual del derecho civil vigente en Cataluña.*

(5) *Todas las cosas que se han dicho de aquel que edifica con buena ó mala fé, las mismas se han de entender de aquel que siembra ó planta ó desmonta un bosque infructífero.*

(6) Ley 61. Dig. *Locat.*, XIX, 2.

et conducto, III, 18, dispone que si el arrendatario sufriere graves perjuicios por hacerse estéril la cosa ó por algun vicio ó caso fortuito que la perjudicara sin culpa del colono, deberá reducirse proporcionalmente la merced de los arriendos eclesiásticos, á no ser que la falta de produccion de un año se compensase con la abundancia del anterior ó del siguiente.

Esta prevencion está conforme á la contenida en las Leyes romanas; y el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Junio de 1865, declaró que cuando el arrendatario no pueda hacer uso de la cosa arrendada por alguna causa imputable á sí mismo, y nó por caso fortuito ni por culpa del dueño de ella, tiene obligacion de pagar puntualmente la renta estipulada en el contrato, y la sentencia que á ello le condena no infringe las Leyes 2.ª, 3.ª, 15 y 32 del Digesto *Locati conducti*, ni la doctrina de que «el arrendatario que por causas accidentales deja de percibir los frutos de la cosa arrendada, no está obligado á satisfacer el precio estipulado, porque falta en tales casos el objeto principal del contrato, que es el uso de aquella.»

§ 448. **Arriendos de fincas urbanas y rústicas.**—Para el arriendo de las primeras debe estarse á lo dispuesto en las Leyes de 9 de Abril de 1842 y 30 de Abril de 1856. Para los de las segundas al Decreto de las Córtes de 1813, restablecido en 6 de Setiembre de 1836.

§ 449. **Arriendo de servicios de jornaleros, criados, etc.** —Segun la Constitucion 3.ª (1) del Tít. 21 *(De diversos y extraordinaris crims)*, Lib. IX, Vol. 1.º, los pastores y mayorales no pueden tener cabeza alguna de ganado mayor ni menor, mezclada con las del rebaño que apacentan ni fuera de él.

Segun la 3.ª (2) del Tít. 2.º *(De prescriptions)*, Lib. VII, Vol. 1.º los salarios de cualquier clase de criados prescriben al año, contado desde el dia en que estén fuera del servicio, á no ser que su crédito constase en documento público ó privado (3).

Segun la Constitucion 1.ª (4) del mismo título, los que están con otros en clase de criados ó familiares no pueden, despues de la muerte de sus amos, pedir salario, á ménos que probasen háberles sido prometido en cantidad cierta. Cancer (5), interpretando esta Ley, dice que no debe aplicarse cuando constare que el difunto acostumbraba alquilar los trabajos de la índole del que reclama el salario, el cual deberá fijarse segun la costumbre del lugar.

---

(1) Cárlos, en las segundas Córtes de Monzon, año 1534, Cap. de Córtes, 8.º
(2) Fernando II, en las segundas Córtes de Barcelona, año 1493, Cap. 56.
(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1862.
(4) Alfonso III, en las Córtes de Montblanch, año 1333, Cap. 24.
(5) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 15, Núm. 18.

Segun la Constitucion 4.ª (1) del mismo Título, los créditos de los artesanos *(artistas)* y menestrales prescriben á los tres años, contados desde que pudieron reclamarse (2), á no ser que constaren en documento público ó privado, distincion que no hace la Ley 10, Tít. 11, Lib. X de la Novísima Recopilacion. El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de Abril de 1860, consignó que el contrato en que uno se compromete á construir un instrumento fabril, no tiene el carácter de servicio de labor á destajo ó alquiler de servicio, y por tanto que no le son aplicables la Ley 16, Tit. 8, Part. V, ni la 38, Tít. 2.°, Lib. XIX del Código romano, referentes á los contratos de la última clase indicada.

§ 450. **Extincion del contrato de arrendamiento.**—Varias disposiciones dictadas durante el presente siglo, han introducido importantes modificaciones á las Leyes romanas y canónicas que se observaban en Cataluña.

En cuanto á la enagenacion por título singular de la propiedad ó usufructo que sobre la cosa tenia el que la dió en arriendo, es trascendental el N.º 5.° del Art. 2.° de la Ley Hipotecaria, el cual dispone que se inscriban en el Registro los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los que se hayan anticipado las rentas de dos ó más años, ó cuando sin tener ninguna de estas condiciones hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban. Merced á esta disposicion, el sucesor del arrendador á título singular habrá de respetar el arriendo, excepto cuando aquel tenia su derecho sujeto á condicion revocatoria que constase expresamente en el Registro, y se adquiriese la cosa en virtud del cumplimiento de dicha condicion.

Además, el Tribunal Supremo, en sentencias de 12 de Setiembre de 1863 y 21 de Junio de 1871, declaró que disponiendo el Decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813, restablecido en 6 de Setiembre de 1836, que los arrendamientos de tierras sin tiempo determinado pueden disolverse por voluntad de cualquiera de las partes, pero avisando una parte á la otra un año ántes; el comprador de la finca no podrá desahuciar al arrendatario para entrar desde luego en ella, debiendo esperar á que trascurra el año que ha de concedérsele.

El Art. 5.° del Decreto de las Córtes de 8 de Junio de 1813 dispone que los arrendamientos de fincas rústicas, hechos por tiempo determinado, fenecen con éste sin necesidad de mútuo desahucio, sin que jamás el arrendatario pueda alegar posesion contra la voluntad del dueño; pero si aquel permaneciere en la finca tres ó más dias despues de concluido el término con aquiescencia del dueño, se

(1) Fernando II, en las segundas Córtes de Barcelona, año 1493, Cap. 57.
(2) *Deutes..... aprés que serán deguts.*

entenderá prorogado el arrendamiento por un año más y con las mismas condiciones.

Segun el Art. 6.º del mismo Decreto de Córtes, los arrendamientos de fincas rústicas hechos sin tiempo determinado, durarán á voluntad de las partes, debiendo cualquiera de ellos que quiera disolverlos avisar á la otra un año ántes, y el arrendatario nunca tendrá derecho alguno, despues de desahuciado por el dueño. El Tribunal Supremo, en sentencias de 14 de Diciembre de 1858 y 6 de Febrero de 1860, declaró que la obligacion que dicho artículo impone á las partes que quieran disolver el contrato, de avisarse un año ántes, supone virtualmente el exacto cumplimiento por ambas de las condiciones del convenio. En sentencias de 9 de Abril de 1864, 28 de Abril de 1865 y 18 de Octubre de 1867 declaró que la prevencion para el aviso del desahucio con un sólo año de antelacion, deroga todas las costumbres que en contrario pudieran ser guardadas anteriormente.

Respecto á las fincas urbanas, el Art. 2.º de la Ley de 9 de Abril de 1842 dispone que si en estos contratos se hubiese estipulado tiempo fijo para la duracion del arrendamiento, éste fenecerá cumplido que sea el plazo, sin necesidad de desahucio ó despido por una ó por otra causa.

Cuando así se hubiese contratado un arrendamiento, se podrá despedir al arrendatario en virtud de cualquiera de las causas previstas taxativamente en el apartado 2.ª del Cap. 3.º de las Decretales de Gregorio IX, *De locat et conduct*, III, 18, cuales son la de malbaratar la cosa el inquilino y las de que el dueño deba habitar la casa ó reconstruirla, si prueba que está obligado á ello por necesidad, disposiciones conformes á las de las Leyes 3, Cod., *De locat* IV, 65; y 135, Dig. *Locat.* XIX, 2. En estos dos últimos casos el propietario ha de restituir al inquilino la parte de merced que hubiese adelantado, lo cual se deduce del mismo capitulo de las Decretales, y lo consigna la Ley 9, Dig., *Locat*, XIX, 2. Segun las Leyes 30 y 35 del mismo Título del Digesto, el propietario que sin necesidad hubiere derribado la casa está obligado á indemnizar al inquilino los perjuicios que se le hubieren irrogado.

El citado Art. 2.º de la Ley de 9 de Abril de 1842 dispone que cuando no se hubiese fijado el tiempo ni pactado desahucio, ó cumplido el tiempo fijado continuase de hecho el arrendatario, el arrendador no podrá despedirlo ni él dejar la finca, sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de 40 dias, que actualmente se observa en Cataluña.

El mencionado Cap. de las Decretales disponia tambien que se extinguia el arriendo cuando el inquilino no satisfacia la merced durante dos años. Pero hoy, á tenor del Art. 337 de la Ley de Enjuiciamiento civil, reformada por la de 25 de Junio de 1867 y de 18 de Junio de 1877, procede el desahucio siempre que deje de pagarse el precio concertado, y por consiguiente quedará extinguido el arrendamiento.

En virtud de las disposiciones últimamente citadas, siempre que las demandas de desahucio se funden en el cumplimiento del tiempo estipulado en el arrendamiento de una finca rústica ó urbana, en haber espirado el plazo del aviso que debiera darse con arreglo á la Ley, ó á lo pactado, ó á la costumbre general de cada pueblo, el juicio se seguirá en el juzgado municipal del distrito en que estuviere sita la finca, con arreglo á las disposiciones del Art. 638 reformado y sus referencias.

Cuando la demanda de desahucio se funde en la infraccion manifiesta de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento, que no sean de las anteriormente numeradas, su conocimiento corresponderá al Juez de primera instancia, en la forma breve y sencilla que determina el Art. 639 de la misma Ley reformada.

Finalmente, cuando la causa del desahucio fuere distinta de las expresadas, el conocimiento de la demanda corresponderá al Juez de primera instancia en la forma que determinan los Arts. 669 á 672 de la propia Ley de Enjuíciamiento civil.

Todas estas disposiciones modernas son causa de la completa derogacion de la Constitucion 1.ª del Tít. 21 (*De loguers*), Lib. IV, Vol. 1.º, que mandó observar la Pragmática llamada *De domibus evacuandis*, contenida en el Tít. 7.º, Lib. IV, Vol. 2.º, é impuso la pena de pagar alquiler triplicado al inquilino que no desocupase la casa á los 17 dias de haberlo dispuesto el Juez, pena que por excesivamente rigurosa no se cumplía. Tambien quedó derogada la Constitucion 2.ª del mismo Título, que extendió á las fincas rústicas la Pragmática *De domibus evacuandis*.

En cuanto á la doctrina del Tribunal Supremo, daremos cuenta de la contenida en las sentencias referentes á Cataluña. De la de 17 de Setiembre de 1863 lo hicimos ya en el § 445.

En la de 28 de Noviembre de 1861 declaró que si el contrato se ha celebrado por determinado tiempo, debe el arrendatario restituir la cosa arrendada é indemnizar al dueño de los perjuicios que por no entregarla se le sigan hasta que recaiga sentencia contra él, con arreglo á la Ley 34, Cod. *De locato et conducto*, IV, 45; y en su consecuencia, que cuando el inquilino no entregue á su debido tiempo las llaves de la casa alquilada, pierde el derecho á que el dueño le devuelva la renta anticipada, correspondiente al tiempo transcurrido sin verificar la entrega, y queda obligado á resarcirle los perjuicios que con tal motivo le haya ocasionado.

La de 11 de Noviembre de 1865 consignó que cuando el arrendatario, ó bien su heredero, retiene en su poder la cosa objeto del arriendo sin querer restituirla á su dueño hasta que recaiga sentencia definitiva sobre la cuestion litigiosa respectiva al contrato, está obligado con arreglo á la Ley 34, Cod. *De locato et conducto* no sólo á devolverla al dueño si éste vence en el juicio, sino tambien á indemnizarle de los

daños y perjuicios que por no haberla entregado se le hayan originado; y no puede ser impedimento para la reclamacion de estos daños y perjuicios el no haberse presentado conjuntamente con la demanda de desahucio, porque siendo aquella accion consecuencia necesaria de otra, puede ejercitarse, bien como subsidiaria de la principal, ó bien despues que esta haya prosperado.

La de 27 de Abril de 1868 declaró que acreditada la posesion de la finca cuyo desahucio se pide, y justificado que el desahuciado es el arrendatario de ella, la sentencia que estima la demanda no infringe el Usatge único del Tít. 15, Lib. III, Vol. 1.°, de las Constituciones, ni la Ley 2.ª *De probationibus* del Digesto, ni tampoco la 2.ª, Tít. 13, Partida III, ni el Art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

§ 451. **Hipoteca tácita en seguridad del pago del arriendo.** — Nos ocupamos de ella en el § 345. Respecto á Barcelona, la confirmaron el Cap. 33 del *Recognoverunt proceres*, y la Ordinacion dada en 1442, que es la disposicion 3.ª del Tít. 7.°, Lib. IV, Vol. 2.° de la Compilacion legal de Cataluña.

SECCION 2.ª

DEL CONTRATO DE APARCERÍA.

§ 452. **Su verdadero carácter.**—Este contrato está muy generalizado en Cataluña.

Gibert (1) y Comes (2) dicen que no es arriendo, sino sociedad; pero contra su afirmacion están las disposiciones del derecho romano, que no dejan duda alguna. Es verdad que una ley del Digesto (3) dice que el aparcero, *(colonus partiarius)* casi tiene un derecho de sociedad *(quasi societatis jure)*, pero lo dice con mucha exactitud despues de consignar que el colono comun podrá pedir una rebaja en la merced cuando un caso fortuito haya disminuido mucho los frutos, pues en la aparcería no tiene aplicacion, ya que se entrega una parte cuotativa de frutos, y por consiguiente *alioquin partiarius colonus quasi societatis jure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur* (4).

El Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de Octubre de 1867 y 16 de Noviembre de 1870, declaró que, segun doctrina admitida por la jurisprudencia, cuando por el aprovechamiento de una finca se paga anualmente cierta porcion de frutos que produce, se entiende que el pagador la tiene en concepto de arrendatario.

---

(1) *Theorica artis notariæ*, Part. 1.ª, Cap. 5.°

(2) *Viridarium artis notariatus*, Tom. 1.°, Cap. 25, § 1.°, N.° 14.—N.° 857 de la traduccion.

(3) Ley 25, § 6, Dig. *Locati conducti.*, XIX', 2.

(4) Véase la Ley 35, Dig. *In fin, Eodem.*

En Cataluña al aparcero se le llama *parcé:* en la provincia de Tarragona, donde comunmente ha de entregar al dueño la mitad de frutos, se llama *miljé* (1). Cuando los aparceros habitan la casa de campo ó manso de la hacienda que cultivan, se llaman *masovers.*

CAPÍTULO 9.º

DE LOS CONTRATOS DE ENFITÉUSIS Y DE «Á RABASSA MORTA».

SECCION 1.ª

DEL CONTRATO DE ENFITÉUSIS.

§ 453. ¿Cuál es? — Contrato enfitéutico es el que tiene por objeto la concesion de una cosa en enfitéusis.

Aunque atendiendo á lo que constituia la razon de la distincion romana entre contratos consensuales y literales la enfitéusis no podia comprenderse entre los últimos (2), y que la generalidad de los comen-

---

(1) En los contratos que tienen por objeto la plantacion de viñedo en tierras incultas, el propietario cede al plantador el producto íntegro que obtendrá durante los primeros años, pasados los cuales habrá de entregar al primero una cuarta ó tercera parte de frutos, que se aumentará hasta la mitad, y entregará como aparcero durante el número de años que taxativamente se fijó, que comunmente es muy limitado. Este contrato se llama *terratge*, y es causa de no estar generalizado en dicha provincia el de *rabassa morta.*

(2) Que la enfitéusis, segun el derecho Justiniano, es contrato consensual, ni siquiera lo dudan los autores modernos.

Maynz (Tomo II, pág. 269) y Ortolan (*Explication historique des Institutions*, Libro IV, Tít. 24) lo incluyen sencillamente entre los de aquella clase. Mühlenbruch (*Doctrina pandectarum*, § 301) dice que para su perfeccion basta el consentimiento, y en la nota 4.ª dice: *Nam in eorum contractuum numero est, qui consensu perficiuntur. Contrariam quidem sententiam multi tuentur, propter verba* «pactionibus scriptura interveniente habitis» *et similia quæ leguntur*, L. 12, Cod. *De jure emphiteut. Sed vide not.* 3 de Mazeroll, l. 1. p. 373, nr. 2.

El jurisconsulto catalan Finestres de Montsalvo (*In Hermogeniani juris epitomarum commentarius*, pág. 209) decia: *Colorem aliquem dissentientium sententia haberet, si ex Zenonis constitutione non alias valeret hic contractus, quam si intervenirel scriptura: quod putant..... cum multis propter verba*, scriptura interveniente, in Leg. I, Cod. De jure emphit., *quæ, ut ablativi absolute positi, conditionem facere censent. Sed meritò hæc sententia displicuit viris doctissimis qui consensualem hunc contractum existimant, eamque usus non recepit.*

El tratadista más citado por los autores de Cataluña, en cuanto se refiere á la enfitéusis, el portugués Álvaro Velasco (*Quæstionum juris emphyteutici*. 1.ª Parte, Quæst. 7.ª N.º 2) despues de citar los autores que sostuvieron la necesidad de la escritura, y los de contraria opinion, exponiendo todas las razones respectivamente aducidas, sostiene con empeño que la escritura sólo interviene *ad probationem, no ad substantiam*, y concluye diciendo: *Quod si in loco probetur consuetudo mephyteuticandi per scripturam, tunch nulla est contraversia, et utriusque opinionis assertores ingenue fatentur, consuetudini standum, et non aliter emphyteusim probari: quia consuetudo legitima vincit legem in eo casu latam.*

taristas consideran la escritura exigida por el emperador Zenon como requisito para la prueba pero nó para el perfeccionamiento del contrato y nacimiento del derecho real de enfitéusis, los autores catalanes de notaría (1) y la práctica han considerado en Cataluña esencial el otorgamiento de la escritura. Puede aplicarse á Cataluña la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo al interpretar las Leyes 3.ª, Tít. 14; y 28, Tít. 8.°, Partida V, que consideran sólo de necesidad para la prueba de la circunstancia de que nos ocupamos.

Recuérdese lo dicho en el § 244 sobre el *título* ó *carta* precaria, y en los 292 y 293 sobre la *cabrevacion*.

§ 454. **Ratificacion tácita de un contrato de enfitéusis celebrado por medio de tercero sin poderes bastantes.**— El mismo Tribunal declaró (2) que áun cuando unos poderes no sean bastantes para la celebracion de un contrato enfitéutico, el hecho de percibir el poderdante la pension estipulada durante 17 años, cual era el caso del juicio, envuelve una ratificacion que demuestra cumplidamente su voluntad de aprobar dicho contrato.

§ 455. **Doctrina del Tribunal Supremo sobre apreciacion de algunos contratos dudosos.** — El Tribunal Supremo ha declarado (3) que deben reputarse enfitéuticas las prestaciones pactadas en un contrato puramente enfitéutico, cuando en la escritura de su constitucion nada se dijo en contrario.

En sentencias de 7 de Marzo de 1866, 30 de Noviembre de 1868 y 30 de Abril de 1875 ha declarado que por el Decreto de Córtes de 1811 y las Leyes aclaratorias de 3 de Mayo de 1823 y 26 de Agosto de 1837, sólo se abolieron las prestaciones reales y personales que debian su orígen á título jurisdiccional ó feudal, y tambien las que partiendo del mismo orígen han sido subrogadas por otras en virtud de concordias posteriores, puesto que la conversion no altera en manera alguna la esencia del tributo, pero que el derecho á percibir el laudemio nunca ha denotado señorío jurisdiccional y vasallage sino que pertenece al perceptor del dominio directo de la finca, dominio que las leyes de señoríos han respetado, como no podian ménos de dejar subsistente, cuando se apoya en un *contrato particular*, por más que haya sido celebrado entre el señor y sus vasallos.

(1) Comes, *Viridarium artis notariatus*, Tomo 1.°. Cap. 20, § 7.°, N.° 57.—N.° 264 de la traduccion.—Gibert, *Theórica artis notariæ*, Part. 1.ª, Tít. 6.°—Cardellach, *Jurisprudencia práctica*. — Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 14, N.° 61, lo menciona como indudable.

(2) Sentencia de 30 de Mayo de 1862.

(3) Sentencia de 18 de Diciembre de 1861. Fué proferida en virtud de recurso interpuesto contra el fallo de la Audiencia de Zaragoza; pero el principio que consigna es aplicable á Cataluña.

En la de 25 de Enero de 1862 declaró que el contrato enfitéutico celebrado por conveniencia y voluntad libre del Ayuntamiento y vecinos de un pueblo con el señor jurisdiccional del mismo, segun se justifica por escritura pública de 1783, registrada en el Oficio de Hipotecas, no envuelve la trasformacion de una prestacion impuesta en su orígen y ya abolida, hallándose probada su independencia del señorío jurisdiccional.

Segun el N.° 2 del Art. 2.° de la Ley Hipotecaria, deben inscribirse en el Registro los títulos que constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan el derecho de enfitéusis.

SECCION 2.ª

DEL CONTRATO DE ESTABLECIMIENTO Á PRIMERAS CEPAS Ó «Á RABASSA MORTA».

§ 456. **No es necesario que conste en escritura.** — Aunque como dijimos al tratar de los derechos reales, el de establecimiento á primeras cepas segun los autores catalanes tiene carácter enfitéutico, no siempre se hace constar en escritura pública, que ninguna disposicion exige para la superficie. Todavía existen muchas que no tienen más prueba que un documento privado y ótras en que ambas partes se fiaron de la respectiva buena fé, no consignando el contrato en forma alguna.

Excusamos decir que para la inscripcion en el Registro de la Propiedad es indispensable el otorgamiento de escritura pública.

La duracion queda al arbitrio de las partes.

CAPÍTULO 10.

DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

SECCION 1.ª

DEL CONTRATO DE SOCIEDAD EN GENERAL.

§ 457. **Observancia de las leyes romanas. — Doctrina del Supremo.**— En el contrato de sociedad civil se observan las leyes romanas, que no difieren de las de Partida. De ahí que no haya variantes notables respecto á Castilla.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 11 de Enero de 1865 y 1.° de Mayo de 1867, declaró que con arreglo á la Ley 4.ª, Dig. *Pro socio*, se celebra y perfecciona el contrato de sociedad por el mútuo consentimiento de los asociados, añadiendo en la segunda que, á tenor de las Leyes 52 y 63, § 9 del mismo título del Digesto, tanto las ganancias como las pérdidas son proporcionalmente divisibles entre ellos.

En la de 15 de Febrero de 1866 consignó que, si bien con arreglo á la Ley 1.ª del Digesto *De conditione sine causa* no tiene fuerza la promesa ú obligacion cuando no consta la causa ó motivo porque se contrae, este principio legal no puede, sin embargo, aplicarse cuando reconociendo recíprocamente los sócios la respectiva participacion de cada uno de ellos y el motivo y fin con que se asocian, vienen á reconocer igualmente la causa porque se han obligado.

En la de 27 de Mayo de 1858 declaró contraria al precepto expreso de la Ley 30, Tit. 2, Lib. XVII del Digesto la concesion de una exencion de los deberes á alguno de los asociados, sin privarle de los derechos que la sociedad concede á todos cuando no se ha extipulado expresamente; y que la denegacion de los derechos ó deudas contraidas por la junta de accionistas, nombrada legalmente y facultada para ello, constituye una infraccion de la Ley 27 del mismo Título y Libro.

En la sentencia de 10 de setiembre de 1864 consignó que cuando los sócios empiezan á obrar separadamente, negociando cada uno de por sí sobre lo que es objeto de la sociedad, debe considerarse ésta disuelta con arreglo á la Ley 64 del citado Título del Digesto; declaracion repetida en la de 5 de Junio de 1866, añadiendo que cuando aquella haya sucedido y se mande judicialmente poner á disposicion de los sócios los bienes de la sociedad, sin perjuicio de que los acreedores usen de su derecho con arreglo á las leyes, no se infringe la Ley 52, §§ 5.° y 6.°, ni la 63, § 9, Digesto *Pro socio*, porque aquellos pueden proceder á la division de las ganancias ó pérdidas, segun lo que se haya convenido.

SECCION 2.ª

DEL CONTRATO DE SOCIEDAD DE «SOCSIDA» Ó «SOCSITA».

§ 458. **¿En qué consiste?**—Es el contrato de sociedad formado entre el dueño de un ganado y otra persona que se compromete á apacentarlo, dividiéndose á su tiempo los frutos y las ganancias por igual, quedando á salvo el capital (1).

El derecho romano contenia algunas disposiciones sancionando el pacto de apacentar ganados (2), fijando la responsabilidad de los sócios (3), quién debe soportar los casos fortuitos, los robos y los hur-

(1) Comes, *Viridarium artis notariatus*. Tomo 1.°, Cap. 25, § 1.°, N.° 32; Ns. 868 y y siguientes de la traduccion.—Gibert, *Theorica artis notariæ*, Part. 1.ª, Tit 3.°—Es el contrato llamado en Francia *Cheptel* ó *Chepteil*.

(2) Ley 8, Cod. *De pactis*, II, 3; *Si pascenda pecora partiaria, id est, ut fœtus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur, Apollinarem suscepisse probabitur: fidem pacto præstare per judicen compelletur.*

(3) Ley 52, § 2.°, Dig. *Pro socio*, XVII, 2, « .... *Si incoëunda societate artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quærendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa præstanda est.*

tos (1), y concediendo la accion *Pro socío* para reclamar el cumplimiento de lo convenido, ó la indemnizacion en los casos de responsabilidad previstos en la Ley (2).

Unas veces se valoran las cabezas al entregarlas al *pastor*, y al tiempo de hacerse el reparto el que las entregó retira ante todo dicho valor, y se divide el exceso (3). Otras no se entregan estimadas las cabezas, las cuales deben conservarse, y por consiguiente sólo deben repartirse los frutos (4), que son los fetos, el pelo ó lana, la leche y los quesos (5).

Algunas veces, por la voluntad de las partes, se modifican estas reglas generales.

Si perece alguna de las cabezas, el pastor ha de presentar el pellejo al otro socio que lo hará suyo, á no ser que por pacto sea comun (6).

El pastor no puede emplear las cabezas de ganado en el laboreo de los campos (7).

SECCION 3.ª

DE LAS ASOCIACIONES.

§ 459. Disposiciones que deben observarse.—La idea de la asociacion, ó sea de sociedad con carácter permanente, no está legalmente concretada en la legislacion catalana.

La Ley 85, Dig. *De verbo. signi.*, L, 16, sólo dice que para su existencia es necesaria la congregacion de tres ó más personas.

Para su constitucion se observarán las disposiciones generales del reino.

§ 460. Prohibicion que existia en Cataluña.—La Constitu-

---

(1) Dig. *Eod.*, § 3, *Damna quæ imprudentibus* (probablemente quiere decir *in prudentibus) accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur præstare: Ideoque si pecus æstimatum datum sit, et in latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit [ejus qui æstimatum pecus acceperit]: Quod si a furibus subreptum sit, propium ejus detrimentum est quia custodiam præstare debuit, qui æstimatum accepit. Hæc vera sunt, et pro socio erit actio; si modo societatis contrahende causa pascenda data sunt, quamvis æstimata.*

(2) Nota anterior, al fin.—Ley 13, § 1, Dig. *De præscriptis verbis* XIX, 5; *Sed si puerum docendum, vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum, ita ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorrere hæc ab area; eo quod hic dominus esse non definit. qui prius fuit: competit igitur pro socio actio.*

(3) Los autores llaman este caso *Ad salvum capitale.*

(4) *Ad salvum caput.*

(5) Comes, *Eod.*, Ns. 35 y 39; Ns. 872 y 875 de la traduccion.

(6) Comes, *Eod.*, Núm. 40; Núm. 876 de la traduccion.

(7) Comes, *Eod.*, Núm. 41; Núm. 877 de la traduccion.

cion 9.ª (1) del Tít. 21 *(De diversos y extraordinaris crims)*, Lib. IX, Volúmen 1.º decia que, prohibiendo el derecho á los particulares hacer congregaciones y actos en comun en nombre de ellas sin licencia y autoridad del superior que la pueda dar, y que las congregaciones constituidas de otro modo son conventículos y colegios ilícitos, y existiendo algunas congregaciones ó cofradías que por sus privilegios eran tenidos por colegios aprobados y se pueden reunir y hacer actos referentes á su colegio ó congregacion, pero estando prohibido juntarse muchas congregaciones ó cofradias juntas, ó personas designadas por ellas, sin licencia y autoridad de su superior, la mencionada Constitucion mandó que dichos colegios aprobados ó cofradias no pudiesen, directa ni indirectamente, ni reunidas ni divididas ni por mediadores tratar entre sí ni conferenciar cosa alguna, bajo las penas que señalaba.

Algunas de las disposiciones contenidas en los Títulos *De electio.* de las Decretales de Gregorio IX, del 6.º de las Decretales, de las Clementinas, de las Extravagantes de Juan XXII y de las Comunes, que los canonistas aplican á las asociaciones, son demasiado casuísticas para que se puedan citar como disposiciones generales.

CAPÍTULO 11.

DEL MANDATO.

§ 461. **Disposiciones vigentes.** — Lo están las del derecho romano; pero existen algunas particulares, y deben atenderse las del derecho canónico.

§ 462. **Los funcionarios públicos no pueden administrar bienes agenos.** — La Constitucion 15 (2) del Tít. 67 (*De cosas prohibidas als officials*), Lib. 1.º, Vol. 1.º prohibe á los funcionarios públicos, y á cualquiera persona de su casa ó familia, la administracion de rentas ú otros derechos de bienes sitos en territorio en que desempeñen sus funciones.

§ 463. **Poderes á los bandidos.**— Segun la Constitucion 3.ª del Tít. 9.º, Lib. II, Vol. 1.º prohibe otorgar poderes á favor de criminales, bandidos y facinerosos, bajo la sancion que se detalla en el § 472.

§ 464. **Responsabilidad de los procuradores para pleitos.** — Respecto á los procuradores para pleitos, rigen hoy las disposicio-

(1) Felipe, en las Córtes de Monzon, año 1585, Cap. 100.
(2) Pedro III, en las Córtes de Perpiñan, año 1351; Cap. 18.

nes generales, y especialmente las de la Ley orgánica del Poder judicial. El Art. 885, Núm. 2.°, les impone la obligacion de seguir el juicio, mientras no haya cesado en su encargo por alguna de las causas que se expresan en la misma Ley. Sirven de complemento á esta disposicion la Constitucion 2.ª (1) del Tít. 5.° (*De procuradors*), Lib. II, Vol. 1.° que, confirmando las disposiciones canónicas y romanas, declara responsables con sus bienes á los procuradores que por negligencia ó por recibir dinero de la otra parte no practiquen las debidas gestiones, ocasionando que se declaren desiertos los recursos; y el Núm. 13 del Privilegio concedido por D. Jaime II á la ciudad de Barcelona, contenido en el Título 7.° (*De orde judiciari*), Lib. III Vol. 2.°, el cual dispone que si un procurador recibiere salario ó servicio de la parte contraria, ó á sabiendas hicieren ó consintieren lo que perjudique á su representado, se le prive de su oficio, y se le castigue á arbitrio del veguer (2).

§ 465. **Expiracion del mandato del procurador por fallecimiento de su representado.** — La disposicion del Art. 887 de la misma Ley orgánica del Poder judicial, que enumera entre las causas por las cuales termina la representacion del procurador, su muerte ó la del poderdante, está completada por la Constitucion 6.ª (3) del Tít. 9 (*De citations*), Lib. III, Vol. 1.°, pues ordena que si durante el pleito muriere alguno ó algunos de los litigantes ó de sus procuradores, deba pedirse la citacion de la persona que fuere legítima para la continuacion del juicio. Peguera (4), glosó esta disposicion.

§ 466. **Prescripcion de los honorarios de los abogados, y derechos de los procuradores.** — Segun la Constitucion 8.ª (5) del Tít. 7 (*De prescriptions*), Lib. VII, Vol. 1.° los *salarios de conducciones* de los abogados y procuradores prescriben á los tres años. Esta disposicion está completada por otras generales del reino (6).

§ 467. **Prescripcion de los derechos de los notarios.** — La Constitucion 3.ª (7) del Tít. 12 (*De salaris de scripturas*). Lib. IV, Vol. 1.°, dispone que los derechos de los notarios prescriban á los tres años, contados desde el dia que entreguen la escritura (8) á la parte, á

---

(1) Felipe, lugarteniente general de Cárlos, en las primeras Córtes de Monzon; año 1547, Cap. 58.
(2) La última prevencion ha sido sustituida por la del Art. 317 del Código penal.
(3) Felipe, en las Córtes de Monzon, año 1585; Cap. 59.
(4) *Prac. civils.*, Rub. 6.ª, Ns. 31 y 32, Pág. 70.
(5) Felipe, en las Córtes de Barcelona, año 1564, Cap. 40.
(6) Leyes 10, Tit. 11, Lib. X, y 23, Tit. 22, Lib. V de la Novísima Recopilacion.
(7) Fernando II, en las segundas Córtes de Barcelona, año 1493; Cap. 45.
(8) Hoy la primera copia.

no ser que constasen en documento público ó privado, ó las partes hubiesen pedido que se sacasen en forma.

§ 468. **Prohibicion de la «cuota litis» á los abogados.**— Las cesiones hechas á favor de los abogados se presumen fraudulentas para ocultar la *cuota litis*, sobre la cual puede verse á Fontanella, que trata con amplitud este punto (1).

§ 469. **Administracion judicial de bienes.**—Se rige por las disposiciones de los artículos 526 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CAPÍTULO 12.

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS.

SECCION 1.ª

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS EN GENERAL.

§ 470. **De la aceptacion del donatario.**—El derecho romano exige para la existencia de la donacion la aceptacion del donatario (2), de tal modo que mientras ésta no se haya verificado el donador puede arrepentirse, y si á su fallecimiento no hubiere tenido lugar se destruirá completamente el acto de liberalidad que hubiese hecho (3). Sin embargo, en algun caso basta la voluntad de donador, como en la constitucion de dote hecha por un extraño, que será perfectamente válida aunque la mujer favorecida no tenga noticia de ella (4), en el pago hecho por otro contra su voluntad (5), y en los gastos hechos en propiedad agena *donandi animo* (6).

Fundándose en aquel principio, dice Cancer (7), que no será válida la donacion hecha á favor de un ausente si no acepta por carta, ó un

---

(1) *Decis.* 178, 179 y 180.

(2) Ley 19, § 2, Dig. *De donatio.*, XXXIX, 5.—Ley 3, Dig. *De pollititatio.*, L. 12.—Ley 69, Dig. *De regulis juris*, L, 17.

(3) Ley 2, § 6, Dig. *De donatio.*—Ley 8, Cod. *De obligat. et actio.*, IV, 10.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. VIII, Ns. 40 y siguientes.

(4) Ley 33 in fin., Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.

(5) Ley 23, Dig. *De solutio.*, XLVI, 3.

(6) Ley 14, Dig. *De donatio.* XXXIX, 5.

(7) *Var. resol.*, Part. 1.ª; Cap. VIII, Ns. 36 y 37.

tercero no lo hace por él, como los autores deducen de la Ley 27, Cod. *De sacrosant. Eccles.* I, y las 22 Dig. *De verbor. obligat.* XLV, 1. En Cataluña se introdujo la costumbre de que el notario aceptase por los que no intervienen en el otorgamiento de la escritura (1).

Si la donacion se hace bajo juramento, el ausente tendrá la accion que resulta de aquel vínculo (2).

Cancer (3) pregunta si la condicion ó pacto continuado en una donacion á favor de un tercero es válido sin la aceptacion hecha por el tercero, ó por otro en su nombre, y si puede revocarse sin el consentimiento del tercero. Dice que el pacto indudablemente es válido, y que podrá revocarse de consuno por el donador y donatario si el notario ú otra persona no estipuló por el tercero. El derecho romano (4) concede accion al tercero para exigir el cumplimiento del pacto resolutivo á su favor consignado en una donacion.

§ 471. **¿Quiénes pueden donar?** — Sólo los que pueden enagenar libremente (5). El derecho romano se observa en este punto.

Segun el Concilio de Trento (6) los que entran en órden religiosa sólo pueden donar y renunciar á su legítima y demás derechos, mediante licencia del Obispo y en los dos meses anteriores á la profesion.

Sobre las donaciones entre esposos, padres é hijos, véanse las secciones 3.ª y 4.ª de este capítulo.

§ 472. **¿A quiénes puede donarse?** — Por regla general á todas las personas capaces de adquirir.

Los médicos no pueden recibir las dádivas que los enfermos les prometan para lograr la salud (7).

Véanse las donaciones entre esposos, padres é hijos en las secciones mencionadas.

La Constitucion 3.ª (8) del Tít. 9 *(Que no sie licit cessionar ó transferir)*, Lib. II, Vol. 1.º ordena que cualquiera persona que de palabra ó por escrito hiciere donacion de derechos y acciones á criminales, bandidos y facinerosos para que éstos con desafíos, amenazas ó de otra manera logren y consigan lo que se les ha donado, *ipso facto* quede privada del derecho que tuviese en las cosas donadas; sin que de ello pueda ha-

---

(1) Cancer, *Eod.*, Núm. 43.
(2) Véase el § 357.—Cancer, *Eod.*, Ns. 38 y 39.
(3) *Eod.*, Ns. 52, 53 y 54.
(4) Ley 3, Cod. *De donat. sub modo.*, VIII, 55.
(5) § 346.
(6) Ses. 25, Cap. 16, *De regular.*
(7) Ley 9, Cod. *De professor. et medi*, X, 52.
(8) Felipe, príncipe y lugarteniente general de Cárlos, en las segundas Córtes de Monzon, año 1553, Cap. 18.

cerse mérito alguno en juicio; y que adquieran los derechos ó acciones aquellas que ya poseyeran ó cuasi poseyeran las cosas comprendidas en la donacion, ó las que estaban obligadas á los expresados derechos y acciones.

§ 473. **¿Qué cosas pueden donarse?**—Todas las que pueden ser enagenadas.

La Constitucion 2.ª del Tít. 9, Lib. II, Vol. 1.º prohibia donar el derecho de querella. Véase lo dicho en el § 380.

De la prohibicion de donar las cosas litigiosas hablamos en el párrafo 347.

§ 474. **Validez de las donaciones universales.**—En el § 69, tratando de los heredamientos, examinamos detenidamente este punto.

Los autores (1) que consignan el requisito de la reserva para testar, no lo exigen en las donaciones universales á favor de la Iglesia, á tenor de las disposiciones del Cod. *De sacrosant. ecles.*

§ 475. **Rescision de las donaciones por lesionar la legítima.**—La Costumbre de Cataluña contenida en el Tít. 9 (*De donations*) Lib. VIII, Vol. 1.º dispone que: *Si alguien dona todo cuanto tiene á su hijo ó hija ó á otra cualquiera persona, y despues el donador tiene hijos de aquella mujer que ya habia, ó de otra que despues hubiere tomado, el hijo ó hija que despues nacerá, y áun el ya nacido cuando el padre hizo la donacion á otro, despues de la muerte del padre puede revocar* (2) *dicha donacion hasta el cumplimiento de su legítima* (3) *aunque el donatario tenga la posesion de lo demás.*

Peguera (4) dice que en el márgen de dos ejemplares antiguos de las *Constituciones de Cataluña* habia una nota expresando que en el original de dicha Costumbre no estaban continuadas las palabras *ó á otra cualquier persona* (5), y por consiguiente que no debe aplicarse cuando la donacion se hizo á un extraño. Ni Peguera vió el original, ni debe-

---

(1) Cancer, *Var. resol*, Part. 1.ª, Cap. 8.º, Núm. 77.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 21, Part. 2.ª, Ns. 2 á 11.

(2) Es decir, *puede hacer rescindir.*

(3) Vives (Tom. 3.º, pág. 225) dice que esta costumbre es muy antigua, pues ya se continuó en la primera *Recopilacion de Cataluña*, y por consiguiente es anterior á la Const. 2.ª del Tít. 5, Lib. VI, Vol. 1.º que redujo la legítima á la cuarta parte, por cuya razon y por la de ser odiosa la misma *Costumbre general*, pues limita la rescision á la parte legítima, algunos opinan que debe aplicarse atendiendo á la cuantía de la legítima que existia antiguamente, ó sea la legítima goda. Esta opinion es completamente inadmisible.

(4) *Decis.*, Cap. 37.—Vives lo copia sin impugnarlo.

(5) *Ó á altra qualsevol persona.*

mos separarnos del texto de las compilaciones publicadas por mandato de las Córtes.

Añade Peguera (1) que dicha Costumbre sólo debe aplicarse cuando al tiempo de otorgarse la donacion tiene hijos ó por lo ménos fuere ya casado; y Vives dice (2) que así se declaró en un litigio. De la misma opinion fueron Tristany (3) y Fontanella (4). Los casos no comprendidos en dicha Costumbre, se resolverán con arreglo á las disposiciones romanas.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Mayo de 1859 y 29 de Setiembre de 1835, que declararon válidas las donaciones entre vivos de todos los bienes y consignaron la limitacion de que *no perjudiquen ó disminuyan la legítima que el derecho de Cataluña señala á los descendientes de los donadores*, no pueden significar que sean nulas por falta de esta circunstancia, pues la Costumbre transcrita es muy explícita al conceder únicamente el derecho de rescindir las donaciones en la parte que perjudiquen la legítima de los descendientes.

§ 476. **De la insinuacion.**—La Constitucion 1.ª (5) del Tít. 9.º *(De donations)*, Lib. VIII, Vol. 1.º de la Compilacion de Cataluña, para evitar, dice, los fraudes que con frecuencia se cometen en las donaciones, previene que las universales, las de la mayor parte del patrimonio, y las que excedan de 500 florines (6) sean registradas en las curias de los Ordinarios de la cabeza de la vegueria (7) en la cual se hagan, expresándose el dia en que se extiende la anotacion en el libro *De donaciones y heredamientos*, que deberá tener un índice de los nombres y apellidos de los donadores, donatarios y del notario autorizante de la escritura de donacion. Que si tales donaciones no fueren insinuadas diez dias ántes del préstamo ó contrato (8), no perjudiquen ni puedan perjudicar á los acreedores censualistas, ni á otros que tengan sus créditos en escrituras ó vales, aunque sean posteriores. Que en esta disposicion no se comprenden las donaciones hechas por contemplacion de matrimonio, continuadas en las capitulaciones matrimoniales. Y que las antedichas donaciones no tengan fuerza ni valor en

---

(1) *Eod.*

(2) Nota 4.ª al Tít. 9.º. Lib. VIII. Vol. 1.º

(3) *Decis.*, 84, Ns. 9 y sigs.

(4) *De pactis nup.*, 4.ª adicion del Tomo II, corrigiendo lo dicho en la Cláus. V, Glos. 8.ª, Part. 3.ª, Ns. 24 y sigs.

(5) Fernando II, en las terceras Córtes de Barcelona, año 1503, Cap. 41.

(6) *Cada florin equivalia á 17 sueldos catalanes, ó sean 9 reales 2 maravedises vellon. Así se declaró en la Real Audiencia y Sala segunda civil en el pleito que seguia entre partes de los consortes Andreu contra Cárlos Solá, actuario Manuel Rafart, en cuyo pleito se trató con extension este artículo.*— Vives, Nota 7.ª al citado Título.

(7) Hoy en la secretaria del Juzgado de 1.ª Instancia del Partido ó Distrito.

(8) Cuyo cumplimiento posteriormente se exija.

perjuicio de los acreedores censualistas, ni de otros que tengan sus créditos con *carta ó albarán* (1) sino desde el dia de la insinuacion.

Aclarando esta Ley, diremos:

1.° Que si bien dispone que se insinúen las donaciones universales, las de la mayor parte de los bienes y las que excedan de 500 florines, no las declara nulas por la sola falta de este requisito; únicamente lo serán cuando se hagan ó resulten en perjuicio de los acreedores. Así lo declaró el Tribunal Supremo en sentencias de 31 de Enero de 1861, de 13 de Marzo de 1869 y 29 de Diciembre de 1871.

2.° Que las donaciones universales ó de la mayor parte de los bienes deben insinuarse, aunque no excedan de 500 florines (2).

Que no hay tiempo fijado para hacer la insinuacion. El donatario podrá exigir que se realice.

4.° Que la insinuacion se practica actualmente en los Juzgados de primera instancia en virtud de auto que mande practicarla. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1860 declaró que el requisito de la insinuacion no se llena con la sóla presentacion ó manifestacion al Juez, sino que es necesaria su aprobacion. En la misma sentencia y en la de 11 de Juuio de 1862 declaró que no equivale á la insinuacion la inscripcion en el Registro de la Propiedad.

5.° Que teniendo un florin 9 reales y 2 maravedises, deberá insinuarse la donacion que exceda de 1132 pesetas y 28 céntimos.

6.° Que como la renuncia de un crédito á favor del deudor equivale á una donacion, deberá insinuarse si el crédito excede de la expresada cantidad (3).

7.° Que la donacion sólo obsta á los acreedores desde el dia de la insinuacion, á no ser que ésta no se hubiese hecho con diez dias de antelacion al contrato escrito, en cuya virtud el acreedor se dirija contra el donador. La Ley quiso evitar los fraudes (4).

8.° Que los tratadistas catalanes consideraban que dicha Constitucion no derogaba las disposiciones romanas sobre insinuacion de las donaciones (5), segun las cuales es válida la donacion superior á la cantidad fijada para la insinuacion en la parte que no exceda de ella (6). Pero la jurisprudencia práctica que derivaba de dichos autores y de las sentencias de la antigua Audiencia, fueron contradichas por las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Enero de 1861, 11 de Junio

(1) Es decir, que consten en escritura ó vale.

(2) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 12, Part. 1. Ns. 1 y 2, y Glos. 29, Núm. 12.

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 8, Núm. 4.

(4) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 8, Ns. 12 á 17 y 21.

(5) § 2, Inst. *De donatio* II, 7.—Ley 2, Cod. *Eod.* VII, 54.

(6) Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 21, Part. 1.ª, Ns. 31 y 32, y Glos. 29, Núm. 12.

de 1862 y 19 de Setiembre de 1865, fundándose en que la Constitucion referida sólo anula las donaciones que carecen del requisito en ella expresado, para evitar un perjuicio á los acreedores; en que las leyes romanas y de Partidas no tienen más que carácter supletorio, y no pueden considerarse infringidas cuando hay alguna en las Constituciones de Cataluña que decida la controversia. Mas con posterioridad, en sentencia de 13 de Marzo de 1869, declaró: 1.° Que la Constitucion de que nos ocupamos sólo declara nulas, por falta de insinuacion, las donaciones universales ó de mayor parte del patrimonio, ó que excedan de 500 florines cuando se hacen ó resultan en perjuicio de los acreedores, teniendo aquella disposicion por único y especial objeto protejer á estos contra los fraudes que por aquel medio pudieran suscitárseles; 2.° Que supliendo y completando las leyes romanas al derecho catalan, atienden á un objeto más ámplio y general, cual es el de prevenir los inconvenientes de una irreflexiva ó inconsiderada liberalidad en proteccion á los intereses generales, y muy especialmente de los del donador mismo y de su familia, y exigen por consiguiente el requisito de la insinuacion en toda donacion superior á 500 áureos ó florines, bajo pena de nulidad en la parte que excedan de esta suma.

Considerando vigentes las leyes romanas acerca de la insinuacion, los autores catalanes exceptuaban de esta formalidad:

1.° Las donaciones de una pension anual que no excediendo de 500 florines, estuviese limitada á la vida del donador ó donatario (1).

2.° La hecha al monarca ó á su consorte, y las hechas por ellos (2).

3.° La remision de intereses todavía no devengados (3).

4.° La donacion hecha para rescatar prisioneros, ó para reedificar edificios arruinados (4).

5.° La hecha por un jefe militar para recompensar servicios de sus subordinados (5); pero dada la moderna formacion y organizacion de los ejércitos, no está vigente esta excepcion.

6.° La recíproca (6).

El derecho romano no exceptúa las remuneratorias, y sin embargo algnnos autores catalanes las consideran dispensadas de aquel requisito (7). Las sentencias del Tribunal Supremo citadas en el *Manual del derecho civil vigente en Cataluña*, recayeron en casos ocurridos en territorios regidos por la legislacion castellana.

La sentencia del mismo Tribunal de 31 de Enero de 1861, citada ya,

---

(1) Ley 34, § 4 Cod. *De donat.* VIII, 54.
(2) Ley 34 pro. Cod. *Eod.*— Nov. 52, Cap. 2.°
(3) Dedúcese de la Ley 23, pro. Dig. *De donatio.*, VIII, 12.
(4) Ley 36 pro. y § 2, Cod. *Eod.*
(5) Ley 36, Cod. *Eod.*
(6) Ley 34, Cod. *Eod.*
(7) Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 15, Núm. 76, las equipara á las simples.

declaró que no siendo estimable la donacion de un derecho dependiente del resultado de un litigio, no está sujeta al requisito de la insinuacion mientras no cese la eventualidad de que depende su realizacion, por lo cual no puede ántes sostenerse que llegue á determinada cantidad ó que exceda de ella; y aunque carezca del requisito expresado en la Constitucion 1.ª, Tít. 9, Lib. VIII, Vol. 1.º de las de Cataluña, sólo es nula cuando se hace ó resulta en perjuicio de los acreedores.

SECCION 2.ª

DE LA REVOCACION DE LAS DONACIONES.

§ 477. **Disposiciones vigentes.**— El Capítulo 10 de las Decretales de Gregorio IX, *De donationibus*, III, 24, dispone que el donador puede revocar la donacion por ingratitud del donatario cuando éste cometió algun atentado de obra contra aquel, ó le injurió gravemente, ó le causó grave perjuicio en sus bienes, ó puso asechanzas contra su vida; y declara que si el donador durante su vida calló, dicha facultad no pasa á sus herederos (1).

Las mismas causas enumera la Ley 10, Cod. *De revocandis donat.*, VIII, 56, añadiendo la de rehusar el donatario el cumplimiento de las cargas que asumió al aceptar la donacion: esta causa no subsiste, pues las leyes canónicas en Cataluña son preferentes á las romanas. Sin embargo, el donador podrá utilizar el *jus pœnitendi* que las leyes romanas (2) le conceden para reclamar lo donado, si el donatario no cumplió la carga impuesta como *modo*.

Las expresadas causas están enumeradas taxativamente en el citado capítulo de las Decretales, el cual es un reflejo de la ley romana, tambien mencionada, que dice; *ex his tantummodo causis si fuerunt in judicium deductis argumentis cognitionaliter approbatæ etiam donationes eos factas everti concedimus.*

Aunque dictada atendiendo á la legislacion castellana, es digna de mencion la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Octubre de 1858, declarando que la injuria inferida por el donatario contra el donador, sin expontaneidad y en defensa de sus derechos, no es causa bastante para producir la rescision de la donacion.

El Capítulo 35 de la Novela 22 de Justiniano dispone que la madre que contrajere segundo matrimonio no podia revocar la donacion por

---

(1) *Propter eius ingratitudinem, in quem liberalitus est collata, donatoris persona de rigoris juris eam potuit revocare: si forte in ipsum impias manus iniecerit, aut sibi atroces iniurias, seu grave rerum suarum damnum, vel vitæ periculum inferre pressumserit. Quod tamen ad donatoris, qui hoc tacuit, non extenditur succesores.*

(2) Ley 3, § 3, Dig. *De condictione*, XII, 4.— Ley 5, § 2, Dig. *De præscrip. verb.*, XIX, 5.— Leyes 2, 3, 6 y 8, Cod. *De cond. ob caus. dat.*, V, 6.

causa de ingratitud más que por haber el hijo donatario atentado contra su vida, por haberla maltratado, y por haber intentado hacerle perder todos sus bienes. Esta disposicion particular no fué derogada por la general de las Decretales, que, como hemos dicho, es un trasunto de la mencionada ley del Código.

El objeto de la accion por medio de la cual se pida la revocacion, es obtener la restitucion de lo donado con los frutos desde la *litis contestatio;* así se deduce de la Ley 17, Dig. *De donat. inter vir. et uxor.*, XXIV, 1. Si la restitucion no pudiere efectuarse por haber el donatario dispuesto de lo donado, éste no podrá ser perseguido más que en cuanto se hubiere enriquecido (1).

El Art. 38 de la Ley Hipotecaria dice que no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho por causa de revocacion de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

§ 478. **La facultad de revocar las donaciones es personal.** —Así lo dispone el citado Cap. 10 de las Decretales; *Quod tamen ad donatoris, qui hoc tacuit non extenditur succesores.* Estas palabras resuelven una cuestion sostenida por los tratadistas de la legislacion romana, sobre si la facultad para revocar las donaciones pasará á los herederos en el caso de haber el donador ejercitado la correspondiente accion; segun la disposicion canónica, la afirmativa es indudable.

De la Ley 7, Cod, *De revocand. donat.*, VIII, 56, parece deducirse que la donacion no puede revocarse despues de la muerte del donatario.

En Cataluña, por la sobrevivencia de hijos al donador, sólo procede la rescision en cuanto la donacion perjudique la legítima, del modo que se expuso en el § 475.

SECCION 3.ª

DE LAS DONACIONES Á FAVOR DE LOS PADRES, DE LOS TUTORES Y CURADORES Y DEL HERMANO HEREDERO.

§ 479. **Disposicion particular de Cataluña.**—En Cataluña no existe la prohibicion absoluta consignada en la legislacion romana de las donaciones de los hijos á favor de sus padres. Antes de cumplir veinte años se pueden otorgar donaciones con las formalidades prescritas en la Constitucion 2.ª del Tít. 4.°, Lib. 1.°, Vol. 1.°, de que hablamos en los §§ 32 y 48, y segun la cual es nula la donacion ó renuncia hecha por el menor de 20 años á favor de la persona bajo cuya potestad

(1) Ley 7, proe., *De revocand. donat.*, VII, 56.

ó guarda estuviere, ó de otra por ella, excepto cuando se haga y firme con voluntad y consentimiento de los tres parientes más inmediatos de parte de padre y madre, si pudieren ser habidos, ó de parte de padre y madre solamente del modo que puedan ser hallados; y en falta de ellos, de los tres amigos más allegados, interponiendo el Juez su autoridad, y jurando el donador ó renunciante que las personas suministradas son las más próximas y amigas.

Segun Cancer (1) esta ley comprende á los casados menores de 20 años; por consiguiente se aplicará tanto si el hijo estuviere en la potestad del padre á quien done, como si fuere emancipado.

Dice Tristany (2) que con las palabras *ó á otra por ella*, no solo se refiere á las donaciones hechas á favor de un extraño que sean en provecho de padre, madre ó guardador, sino tambien á las otorgadas por contemplacion á estas personas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de Octubre de 1857, aplicó la nulidad consignada en dicha ley á una donacion otorgada á favor de la esposa del curador.

Las donaciones que sean válidas en conformidad á la mencionada Constitucion, podrán impugnarse cuando tengan cualquiera de los vicios previstos en el derecho, como son el temor, dolo, la lesion, etc.

Cancer (3) dice que las formalidades en ella prescritas no se aplican á las renuncias que las hijas hacen en las capitulaciones matrimoniales por el favor que merece el matrimonio; y efectivamente, no se observan en el otorgamiento de las capitulaciones de una menor de 20 años que renuncia á pretender sobre los bienes de sus padres más de la dote que se le promete. Recuérdese, empero, lo dicho en el § 119 sobre la eficacia de estas renuncias.

Aceptamos la opinion del mismo autor (4) de que la referida Constitucion debe considerarse extendida á las renuncias que por el hermano se hagan á favor del nombrado heredero, si viven juntos, pues concurren las mismas razones para precaver el dolo con que pudiera inducirse al menor de veinte años á verificar la renuncia.

Dicha ley no se aplica á las últimas voluntades (5).

SECCION 4.ª

DE LAS DONACIONES ENTRE ESPOSOS.

§ 480. **Disposicion del derecho canónico completa por las leyes romanas.**—El capítulo 8.º de las Decretales de Gregorio IX,

(1) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 6.º, Núm. 179.
(2) *Decis* 97.
(3) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 6.º, Núm. 181.
(4) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 1.º, Núm. 90.
(5) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 7.º, Núm. 148.

De donationibus inter virum et uxorem, IV, 19, declara que no tiene eficacia la donacion hecha entre esposos durante el matrimonio en cuya virtud uno se haga más rico y otro más pobre, á no ser que se confirme por el fallecimiento del donador: que éste puede arrepentirse y revocarla tácita ó expresamente (1).

Glosando esta disposicion, diremos: 1.° Que son válidas las donaciones entre esposos en cuya virtud el donador no se empobrezca, ni el donatario se enriquezca. Así lo dispone tambien el derecho romano (2), segun el cual son válidas las liberalidades de cosas de poco valor y de uso diario, como vestidos y objetos domésticos; las que se hiciesen para evitar un gasto al consorte (3) ó para que lograse ántes del vencimiento del término lo que realmente se le debe (4); las que tienen por objeto facilitar al marido la obtencion de honores (5), y las que sirvan para reconstruir un edificio arruinado (6). Fontanella (7) supone válidas *ad initium* las donaciones remuneratorias; es una opinion sin más valor que la respetabilidad del que la formuló.

2.° Que la prohibicion se refiere á las donaciones hechas *constante matrimonio*, y por consiguiente son completamente válidas las otorgadas ántes de las bodas, como dispone el derecho romano (8).

3.° Que dichas donaciones se confirman por el fallecimiento del consorte donador, sin haberlas revocado expresa ó tácitamente. Esta confirmacion tácita produce efecto retroactivo, como disponen las leyes romanas (9), aunque el donatario no hubiere recibido lo donado, siempre que no excedan de la cantidad fijada para la insinuacion, ó si excediendo fueron insinuadas, pues ni la Constitucion catalana ni la referida disposicion canónica los dispensan de este requisito. Si no se cumplió, serán válidas en cuanto al exceso sólo cuando el donador la confirme expresamente en testamento; pero esta confirmacion no producirá efecto retroactivo.

---

(1) *Donatio quæ constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta (ex quo alter locupletior et pauperior alter efficitur) firmitatem non habet, nisi donatori obitu confirmetur: quæ tamen penitus evanescit, si revocetur ab eo tacite, vel expresse, vel qui donatum accepit, prius debitum naturæ persolvat.*

(2) Leyes 5, §§ 8 y 16; y 25, Dig. *De donat. inter vir. et uxor.*, XXIV, 1.

(3) Leyes 18; 21 y 31, §§ 8 y 10, y 33, Dig. *Eod.*

(4) Ley 31, § 6, Dig. *Eod.*

(5) Leyes 40 y 42, Dig. *Eod.*—Ley 21, Cod. *Eod.* V, 16.

(6) Ley 14, Dig. *Eod.*

(7) *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 7.ª, Part. 2.ª, Núm. 14, y Claus. V, Glos. 1.ª, Part. 2.ª, Núm. 86, donde considera remuneratoria la donacion hecha al cónyuge que sea mucho más jóven ó de condicion superior. En nuestro concepto el ejemplo basta para destruir el principio que sienta.

(8) Leyes 5, proe.; 27; 32, § 27; 35; 64, y 66 Dig. *Eod.*

(9) Ley 25, Cod. *De donat. inter vir. et uxor.*, V, 16.—Ley 35 § 5, Cod. *De donat.*, VIII, 5.

§ 481. **Estas donaciones están sujetas á la detraccion de la «Cuarta Falcidia».**—Así lo dispone el derecho romano en cuanto á las confirmadas al fallecimiento del donador (1).

CAPÍTULO 13.

DE LA FIANZA.

---

§ 482. **Puede constituirse de cualquier modo.**—Segun el derecho romano, se constituia por medio de estipulacion.

Cancer (2) formula la pregunta de si en Cataluña valdrá la fianza constituida por un pacto nudo, y la contesta diciendo que si bien á tenor de las leyes canónicas el simple pacto produce accion, es sólo respecto á los que se obligan como principales. No acertamos á comprender la diferencia que haya entre la formacion de obligaciones principales y de obligaciones de garantía: el principio canónico es inflexible, y por consiguiente para la validez de la fianza no es necesaria la estipulacion á que alude dicho autor.

§ 483. **Efecto del incumplimiento del contrato de fianza.**—El Usatge *Si ille qui plivium*, único del Título 7.º, Lib. VIII, Vol. 1.º, dispone: 1.º «Que si aquel que hubiese hecho fianza no quisiere cum-»plir lo prometido, sea lícito á aquel en cuyo perjuicio hubiere men-»tido obligarle y apremiarle todos los dias en paz y en tregua, así »empero que le haga una módica coercion y tome una prenda cor-»respondiente, porque no es justo tomar grandes prendas por deudas »de poco valor (3).»—2.º «Que si el fiador cumpliere su promesa y »pagare la deuda con lo suyo á aquel por quien se hubiere constituido »fiador y no le quiere librar, esté obligado á pagarle doblado todo el »daño que en razon de esta fianza se le habrá causado,» es decir, que si el deudor principal no libra al fiador, resarcirá en duplo el daño que el segundo hubiere sufrido por razon de la fianza.

Cancer (4) dice que no vió pedir por ningun fiador la pena del duplo, contentándose con quedar indemnes por el deudor principal, á tenor de la Ley 17, Dig. *De fidejussor*, XLVI, 1, y del Cap. 2.º de las Decreta-

---

(1) Ley 12, Cod. *Ad legem Falcid.*, VI, 50.—Ley 32, § 1, Dig. *De donat. inter vir. et uxor.*, XXIV, 1.—Ley 15, § 5, Dig. *Ad legem Falcid.*

(2) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 5.º, Ns. 52, 53 y 54.

(3) Pero no puede hacerlo de autoridad propia, ni se hacia tampoco antes de la Ley de *Enjuiciamiento civil.* (Vives, Nota 4.ª á dicho Usatge).

(4) *Var. resol.*, Part 2.ª, Cap. 5.º, Núm. 167.

les de Gregorio IX, *Eod.*, III, 21. Vives (1) corrobora la afirmacion de aquel tratadista.

Vives dice tambien que no exceptuando el Usatge á los labradores, se les obliga al cumplimiento de la fianza; y que si bien en 26 de Marzo de 1764 se mandó cumplir el auto de 30 de Junio de 1706, aludido en la Nota 1.ª del Título 11, Lib. X de la Novísima Recopilacion, no se refirió á las fianzas sino á los préstamos de granos, por lo que la Audiencia con posterioridad continuó admitiendo la fianza de los labradores.

§ 484. **Disposiciones de las Decretales.** — En las de Gregorio IX existe el Título 22 del Libro III, que lleva el epígrafe *De fidejusoribus*. Sus Capítulos no tienen gran importancia.

El 3.º, de conformidad con la Ley 38 Dig. *De mandat.*, XVIII, 1, faculta al fiador para que si permaneciese demasiado tiempo siendo responsable por razon de la fianza, pida al juez la relevacion.

El 5.º, de acuerdo con las Leyes 45, Dig. *Eod.*; 45, *De fidejus.*, XLVI, 1, y 6, Cod. *De mandat.*, IV, 35, dispone que cuando el fiador sea condenado al cumplimiento de la obligacion que aseguró, ántes de realizarlo puede dirigirse contra el deudor principal.

§ 485. **Disposiciones sobre el beneficio de division.** — El beneficio de division fué establecido por la Constitucion del Emperador Adriano, segun la cual cuando el fiador fuere reconvenido *in solidum* puede oponer la excepcion de que la obligacion se divida entre los cofiadores, y en su virtud que el acreedor reclame de cada uno de ellos la parte respectiva si tiene con qué pagar (2). Este beneficio fué confirmado por Constituciones posteriores (3), y Justiniano lo extendió (4) al caso en que varias personas que contraigan una obligacion comun se hubiesen mútuamente dado fianza, aunque una de ellas expresamente hubiese afianzando el total de la obligacion. Este beneficio puede renunciarse, á tenor de lo dispuesto en la Ley 29, Cod. *De pactis*, II, 3.

En Barcelona y demás ciudades que gozan del *Recognoverunt proceres*, el fiador goza del beneficio de division aunque renuncie á la Constitucion de Adriano, pues el Cap. 9.º de dicho privilegio extiende á los fiadores la disposicion del Cap. 8.º, el cual dice ser costumbre que los deudores principales obligados *in solidum* aunque renuncien á la

---

(1) Nota 3.ª á dicho Usatge.

(2) § 4.º, Inst. *De fidejus.*, III, 20.—Leyes 10, proe. y § 1.º; 26; 28; 51, §§ 1 y 4; 52 § 1.º *Eod.*, XLVI, 1.

(3) Leyes 3, 10 y 28, Cod. *Eod.*, VIII, 41.

(4) Novela 99.

nueva Constitucion, no están obligados á pagar cosa alguna sino por su parte, á no ser que el otro deudor estuviere ausente, ó fuese menesteroso ó insolvente. Por consiguiente para que dos ó más fiadores queden obligados *in solidum* deben renunciar expresamente el beneficio que resulte de dicho capítulo; y así se hace, diciendo que renuncian á la costumbre de Barcelona que habla de la obligacion de los fiadores (1).

§ 486. **Beneficio de escusion ó de órden.**—Segun la Novela 4.ª, Caps. 1.° y 2.°, de la cual se sacó la Auténtica *Si quis*, Cod. *De fideiussor*, VIII, 41, el fiador puede oponer al acreedor la excepcion de que ántes ejecute los bienes del deudor principal. Como el anterior, puede renunciarse. Este beneficio es compatible con las disposiciones canónicas (2).

En Barcelona y demás ciudades que gozan del *Recognoverunt proceres*, el fiador no goza del beneficio de escusion, pues el Cap. 7.° de dicho privilegio dice que el acreedor puede elegir entre hacer la reclamacion al deudor principal, salvando á éste *quod possit tenere curiam per unum annum*, lo cual significa que puede obtener del tribunal la moratoria de un año cuando el acreedor se dirija contra él sin haber intentado la accion contra el deudor principal, habiendo términos hábiles para hacerlo fructíferamente.

§ 487. **Beneficio de cesion de acciones.**—En virtud de las disposiciones romanas, el fiador que paga toda la deuda puede obligar al acreedor á que ántes de hacerse el pago le ceda las acciones que le competen contra los cofiadores, para poder con ella reclamarles la parte de deuda que les corresponda satisfacer (3).

La Ley 13 del Tít. 11 *(De exentió de censals)*, Lib. VII, Vol. 1.° de la Compilacion de Cataluña, dispone que los fiadores de los censales ó vitalicios puedan dirigirse contra el deudor principal, *aunque no les sea hecha cesion* por los censualistas, de tal modo que naciendo de la Ley la accion del fiador, y nó de acto que le transfiera la que el acreedor tenia, no se destruirá el efecto de dicha Ley aunque se renuncie al beneficio de cesion (4). Cancer (5) decia que cuando el fiador hubiese satisfecho la deuda, podia proceder ejecutivamente contra el deudor principal.

---

(1) Cancer, *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 5.° Núm. 153.—Gibert, *Theórica artis notariæ*, Parte general, Tít. 15.

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 5.° Núm. 180.

(3) Leyes 17; 36; 39, § 1.°, y 41, § 1.°, Dig. *De fideiussor*, XLVI, 1.—Ley 14, Cod. *Eod.*, VIII, 41, Novela IV, Cap. 1.° in fin.

(4) Mières, *Apparatus super Const.*, Part 2.ª, Col. 11, en el comentario á dicha Constitucion.

(5) *Var. resol.*, Part. 2.ª, Cap. 5.°, Núm. 153.

§ 488. **Disposiciones del Senado Consulto Veleyano, y de sus referencias.**—Estas disposiciones de la legislacion romana prohiben á las mujeres que se obliguen *intercediendo* por otra persona (1). La fianza es el acto más importante comprendido en la prohibicion,

Segun las disposiciones vigentes del cuerpo de derecho Justinianeo, el acto de la mujer asegurando el cumplimiento de obligaciones agenas debe hacerse en escritura pública ante tres testigos; de lo contrario será completamente nulo. Cuando se hubieren observado dichas formalidades el acto será válido, pero al exigirse su cumplimiento la mujer podrá oponer la excepcion del Senado Consulto Veleyano, á no ser que hubiere recibido algo en compensacion ó pago del aseguramiento que hizo, ó lo ratificó á los dos años, siendo mayor de edad, ó fué en interés propio, ó recayó sobre la Constitucion de una dote, ó la mujer haya heredado á la persona á cuyo favor la prestó (2).

En Cataluña se ha considerado válida la renuncia hecha en el acto del beneficio del Senado Consulto Veleyano, interpretando en este sentido la Ley 21, Cod., y la 32 § 4, Dig., *Ad S. C. Velleyan* (3). La renuncia cobra nueva fuerza cuando se corrobora con juramento que obligará á la mujer al cumplimiento de la obligacion que se impuso, salvo el caso en que pida y obtenga la relajacion del juramento, á tenor de lo dicho en los párrafos 357 y 358.

Justiniano en la Novela 134, Cap. 8, de la cual se formó la Auténtica *Si qua mulier* del Cod. *Ad S. C. Velleyan,* IV, 29, declaró nulo todo acto de *intercesion* de la mujer á favor de su marido en el cual obligue su persona ó bienes, consignándolo en documento público ó privado, á no ser que resulte en utilidad de la misma mujer.

Los términos absolutos de esta disposicion, imposibilitarian su renuncia si el abuso que de estas se hizo no la hubiese autorizado prácticamente en Cataluña, aunque no se haga bajo juramento (4).

§ 489. **Disposicion del Recognoverunt proceres.**—Segun el Cap. 11 de este privilegio, «la mujer que se obliga junto con el marido »en los contratos de mútuo y depósito, no está obligada á pagar mien- »tras basten los bienes del marido; pero en falta de ellos está obligada »á la mitad, y esto por más que jurare y renunciare al beneficio del »Senado Consulto Velleyano y al derecho de su hipoteca;» es decir, si renunciare á su hipoteca dotal.

Las últimas palabras demuestran que en Barcelona y demás pobla-

---

(1) Dig. *Ad S. C. Velleianum*, XVI, 1.—Cod. *Eod.*, IV, 29.

(2) Leyes 22 y 23, Cod., *Eod.*—Leyes 16, proe., 21, proe.; y 22, Dig., *Eod.*—Leyes 2, 29, 25, Cod., *Eod;* y otras de los mismos títulos—La mujer habia de renunciar este beneficio para ser tutora de sus hijos ó nietos.

(3) Gibert, *Theorica artis notariæ*, Part. Gen.

(4) Gibert., *Eod.*

ciones donde se observa el *Recognoverunt*, la mujer puede renunciar á la hipoteca constituida por razon de su dote. El Art. 188 de la Ley Hipotecaria ha limitado los efectos de esta facultad al disponer que los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, no se podrán enagenar, gravar ni hipotecar en los casos que las leyes lo permitan, sino en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges.

§ 490. **Prescripcion de la fianza.**— Se aplica el Usatge *Omnes causæ;* pero si la deuda consiste en pago de pensiones ú otras entregas á varios plazos, principiará la prescripcion desde el dia en que dejó de hacerse el pago de cada uno de los vencimientos.

SECCION 2.ª

DE LAS FIANZAS JUDICIALES.

§ 491. **Principio de la Ley de Enjuiciamiento civil.** — La Ley de Enjuiciamiento civil en varios puntos dice que el Juez podrá admitir cualquiera de las fianzas establecidas en el derecho, reservándole la facultad de calificar la que se ofrezca.

Están, pues, vigentes las disposiciones romanas sobre la caucion *hipotecaria*, la *fidejusoria* y la *juratoria*.

Las prevenciones de la Constitucion 4.ª del Tít. 11, Lib. VII, Vol. 1.º de la Compilacion de Cataluña sobre las fianzas que debian prestarse en ciertas eventualidades de la ejecucion de los censales, no son compatibles con las de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre el juicio ejecutivo.

§ 492. **De las antiguas «manulentas».** — Eran las fianzas carceleras. La Pragmática de Pedro III de 1339, contenida en el Tít. 17, Lib. IX, Vol. 2.º, las declaraba nulas y canceladas al trascurso de dos años de su prestacion.

CAPÍTULO 14.

DEL CONTRATO DE HIPOTECA.

---

§ 493. **Derecho vigente.** — Todas las disposiciones que regian en Cataluña en este contrato, fueron sustituidas por las de la Ley Hipotecaria. Pueden consultarse los tratados generales de derecho civil y las obras que exponen las doctrinas de aquella ley y la jurisprudencia sobre ella formada.

CAPÍTULO 15.

DE LOS COMPROMISOS Y TRANSACCIONES.

SECCION 1.ª

DEL COMPROMISO DE SOMETER UNA CUESTION Á LA DESCISION DE ÁRBITROS Ó DE AMIGABLES COMPONEDORES.

§ 494. **Disposiciones vigentes.**— Ante todo deben observarse las disposiciones contenidas en los Títulos 15 (*Del juicio arbitral*) y 16 (*Del juicio de amigables componedores*) de la 1.ª Parte de la Ley de Enjuiciamiento civil, que señalan las formalidades con que se otorgarán los compromisos sometiendo una cuestion á árbitros ó á amigables componedores.

El convenio en que las partes se comprometan á someter sus cuestiones á la indicada decision, sólo producirá el efecto comun del incumplimiento de las obligaciones en el caso de que una de las partes se resista á formalizar la escritura de compromiso que reuna las circunstancias exigidas por la mencionada ley. Por esta razon será aplicable á á Cataluña la doctrina consignada en una sentencia del Tribunal Supremo, segun la cual si resulta que los interesados en unos bienes celebraron acto de conciliacion por el que se convinieron en comprometer sus derechos en amigables componedores para lo cual se habia de otorgar el oportuno instrumento y esto no tuvo consecuencias legales por no haberse otorgado la escritura pública de compromiso, la sentencia que estima la demanda incoada sobre los mismos bienes no prescinde de ningun pacto solemne, y por lo mismo no infringe la Ley 1.ª, Tít. 11, Part. V, que dice: «qué cosa es promision y de qué manera se hace.»

Con la publicacion de la Ley de Enjuiciamiento civil quedó derogada la Ordinacion del Concejo de los prohombres de Barcelona, hecha en 1425 y contenida en el Tít. 2.º (*De arbitres*), Lib. 2.º, Vol. 2.º de la Compilacion de Cataluña, segun la cual por regla general podia obligarse á un litigante á que nombrase árbitro cuando lo hubiese verificado la otra parte.

El Tít. 13 (*De arbitres y arbitradors y de la executió de las sentencias*), Lib. II, Vol. 1.º contiene ocho leyes sobre los árbitros y amigables componedores y la ejecucion de los fallos por ellos pronunciados. Una de ellas permitia á los árbitros que al proferir sentencia se reservaran la facultad de variarla dentro de un plazo, lo cual se llamaba *rearbitrar*. Todas están derogadas.

A tenor del Cap. 2.° de las Decretales de Gregorio IX, *De arbitris*, I, 43 se puede válidamente continuar juramento en la escritura de compromiso (1). Las demás disposiciones del expresado título y del que tiene el mismo epígrafe del 6.° de las Decretales, I, 22, ó se refieren á materias puramente eclesiásticas, ó han sido tambien sustituidas por las de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SECCION 2.ª

EFICACIA DE LAS TRANSACCIONES.

§ 495. **Eficacia del pacto de transaccion.**— Las leyes romanas disponian que la transaccion sólo mataba la accion cuando se hiciese por medio de la estipulacion llamada Aquiliana (2); cuando se hacia por pacto, sólo producia escepcion (3).

Pero en Cataluña el pacto producirá el mismo efecto que dicha estipulacion, no sólo por las doctrinas generales canónicas, sino por disponerlo expresamente el Cap. 1.° de las Decretales de Gregorio IX, *De transactionibus*, I, 36.

El Capítulo 4.° de este título prohibe y declara completamente nula la transaccion sobre beneficios eclesiásticos, aunque se haga bajo juramento. El 7.° reitera esta prohibicion, mas permite que se haga una composicion amistosa. El 9.° prohibe la transaccion sobre el derecho de presentacion. El 11 declara nulas todas las transacciones sobre el matrimonio.

En cuanto á las personas que pueden transigir, á la modalidad bajo que pueden efectuarlo y á las cosas que pueden ser objeto de transaccion, se observará lo dispuesto en la legislacion romana.

Las Leyes 8, Cod. *De transac.*, II, 4; 8, Dig. *Eod.*, II, 15, y 23, Dig. *De condict. indeb.*, XII, 6 prohiben las transacciones sobre alimentos futuros, hechas sin autorizacion judicial. De ahí que la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1868, que declaró no ser principio de derecho esta prohibicion fundándose sólo en la opinion de algunos autores, únicamente puede referirse á la legislacion de Castilla.

El mismo Tribunal, en sentencias de 16 de diciembre de 1859 y de 13 de Junio de 1863, ha declarado que la transaccion es un contrato *stricti juris*, y por consiguiente no admite más inteligencia que la genuina y literal que en sí tenga.

En sentencia de 6 de Mayo de 1875 declaró que la Ley 78, § último

---

(1) No podia hacerse bajo juramento, segun la Novela 82, Cap. 11, § 1, de Justiniano, de la cual se sacó la Auténtica *Decernit*, Cod. *De recept. et arbitr.*

(2) Ley 15, Cod. *De transactio.* I, 4.

(3) Leyes 2 y 15, Dig. *De transactio.* II, 15.

Ad. S. C. Trebelianum sobre que las transacciones no pueden rescindirse por lesion enormísima; y la doctrina de que tienen fuerza de cosa juzgada las transacciones á no probarse haber intervenido dolo, mala fé ó falsedad, no tienen aplicacion cuando el convenio de que se trata no es en su esencia una transaccion.

CAPITULO 15.

DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS, JUEGOS Y SEGUROS.

---

§ 496. **¿Cuáles son frecuentes en Cataluña?**—Sobre los contratos aleatorios rigen las disposiciones romanas. En la provincia de Barcelona, es muy comun la compra-venta de frutos de árboles que están en flor.

§ 497. **De los juegos.** — Se observarán las leyes de la Novísima Recopilacion, y especialmente de la Pragmática de 6 de Octubre de 1771, contenida en el Título 23 del Lib. XII.

§ 498. **De los seguros.**— Ninguna disposicion catalana se refiere al contrato de seguros: escasísimas son las contenidas en la legislacion romana. En su silencio se podrán establecer reglas de analogía deducidas de los principios establecidos en el Código de Comercio para los seguros mercantiles, del mismo modo que Fontanella en la *Decision* 243 las deducia de las prevenciones continuadas sobre el préstamo á la gruesa en el título del Digesto *De naut. fenor.*, XXII, 2, y el de igual epígrafe del Código, IV, 33.

La Ley 1.ª del Cod. *De commodato*, IV, 23, sanciona el principio de que el asegurador ha de indemnizar al asegurado las pérdidas sufridas por caso fortuito.

El Tribunal Supremo en varias sentencias ha declarado que la póliza del seguro es la ley del contrato.

En cuanto á todas las obligaciones convencionales cuyo exámen omitimos, están vigentes las disposiciones del derecho romano.

Las contenidas en las Decretales y Clementinas sobre la permuta, se refieren exclusivamente á cosas eclesiásticas.

TÍTULO III.

DE LAS OBLIGACIONES NO CONVENCIONALES.

CAPÍTULO 1.°

DE LAS OBLIGACIONES QUE PROCEDEN COMO DE UN CONTRATO.

§ 499. **Derecho vigente.**—En general lo está el romano.

§ 500. **Del pago de lo indebido.**—El Capítulo 4.° de las Decretales de Gregorio IX, *De solutionibus*, III, 23, dispone que cuando se alegue que se entregó una cantidad que no se debia, debe probarse esta circunstancia, á no ser que el demandado negase el hecho de haber recibido la cantidad, pues su prueba será suficiente para decretar la restitucion.

§ 501. **Del «cuasi contrato» formado en virtud de la «litis-contestatio».**—La Constitucion 1.ª (1) del Tit. 10 *(De donar libell ó demanda)*, Lib. III, Vol. 1.°, ordena que el juez no deje de dar sentencia en el pleito aunque la demanda contenga alguna impertinencia ó inexactitud, mientras que por ella ó por los autos aparezca la intencion del actor.

CAPÍTULO 2.°

DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN DELITO Ó COMO DE UN DELITO.

§ 502. **Indemnizacion civil debida por los delitos.**—Sancionada por las disposiciones del Código penal, se regula por las de la legislacion romana.

(1) Pedro III, en las Córtes de Perpiñan, año 1351, Cap. 15

En cuanto á la penalidad de los delitos, era importantísimo el Tit. 15 *(De injurias y de danys dats)* del Lib. IX, Vol. 1.º de la Compilacion legal de Cataluña, que contiene veinte y ocho Usatges y ocho Constituciones. Los Usatges *Solidos, Si quis inciso* y *Si quis alienum ortum* (1), pueden servir de alguna utilidad para fijar la indemnizacion debida por daños causados en heredades.

El *Una quæque mulier* (2) dispone que para la estimacion de la injuria causada á una mujer se atienda á la calidad del marido, y si no lo tuviere ni lo tuvo, segun la calidad del padre ó hermano. Glosando este Usatge, dice Calicio (3) que si la mujer no tiene padre conocido, como segun las Leyes 19 y 24 Dig. *De statu homini.* sigue la condicion de la madre, á ella deberá atenderse para fijar el objeto expresado.

---

(1) 24, 26 y 27 de dicho Título.

(2) 10 del mismo Título.

(3) *Antiquiares Barchin. leges quas vulgus apellat Usaticos.*

TÍTULO IV.

DE LA CESION Y EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

CAPÍTULO 1.°

DE LA CESION DE LAS OBLIGACIONES.

§ 503. Prohibiciones contenidas en la legislacion catalana. —La Constitucion 1.ª (1) del Tit. 9, *(Que no sie licit cessionar ó transferir alguna cosa en altres mes potents)*, Lib. II, Vol. 1.° dispone que las leyes romanas que prohiben hacer cesion (2) á persona más poderosa, así en razon de sus riquezas como de su oficio, sean inviolablemente guardadas respecto á las personas del Monarca, su consorte, Infantes, heredero de la corona, y á otros que tengan Oficios Reales de cualquier estamento ó preeminencia.

El Sr. Vives y Cebriá, en la nota segunda al mencionado Título, dice que cuando se publicó esta Constitucion no habia disposicion que mandase observar como regla general las leyes romanas, pero que habiendo sido sancionadas por la Constitucion única del Tit. 30, Lib. I, Volúmen 1.°, fueron completamente obligatorias las Leyes 22 y 23 del Título 15, Lib. IV del Código de Justiniano, sobre cuyo particular pueden verse las obras de Cancer (*Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 13, Ns. 63 y siguientes; Part. 2.ª, Cap. 1.°, Ns. 280 y 281, y Part. 3.ª, Cap. 1.°, Número 161), Fontanella (*Decis.* 180, N.° 8), y principalmente Tristany (*Decis.* 51, Ns. 36 al 48 y 51 al 69).

La Constitucion 3.ª (3) del mismo Título, ordena que se aplique á todos los traspasos, y por consiguiente á las cesiones, la privacion del derecho que tenga el que hiciere donacion á criminales, bandidos

(1) Pedro III, en las Córtes de Monzon, año 1563, Cap. 3.°
(2) Esta ley se refiere propiamente á la cesion de acciones.
(3) Felipe, príncipe y lugarteniente general de Cárlos, en las segundas Córtes de Monzon, año 1553, Cap. 18.

y hombres malos de partido, para que con desafíos, amenazas ó de otro modo consigan lo que se les ha donado.

§ 504. Disposiciones que en general deben observarse.— Son las romanas. Gibert (1) y especialmente el Sr. Falguera (2) dan mucha importancia á la distincion entre la delegacion y la simple cesion, dando á ésta un nombre especial.

CAPÍTULO 2.°

DE LA EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

SECCION PRELIMINAR.

§ 505. Derecho vigente.—En general lo está el derecho romano, por cuya razon sólo nos fijaremos en aquellos modos de extincion que ofrezcan alguna variante.

El Art. 144 de la Ley Hipotecaria dispone que todo hecho ó convenio entre las partes que pueda modificar ó destruir la eficacia de una obligacion hipotecaria anterior, como el pago, la compensacion, la espera, el pacto ó promesa de no pedir, la novacion del contrato primitivo y la transaccion ó compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripcion nueva, de una cancelacion total ó parcial, ó de una nota marginal, segun los casos (3).

SECCION 1.ª

DEL PAGO.

§ 506. Disposiciones vigentes.—Lo están las romanas, tanto respecto al pago real y efectivo como al ofrecimiento hecho ante notario ó testigos, seguido de consignacion.

Las cajas sucursales de provincia y las del Banco de España están designadas expresamente para admitir estas consignaciones.

En cuanto al órden con que han de cobrar los acreedores, téngase presente que, segun el Art. 24 de la Ley Hipotecaria, los títulos inscri-

---

(1) *Theorica artis notariœ*, Cap. III, Tit. 5.°
(2) Nota á lo dicho por Gibert.
(3) Véase el Art. 111 del Reglamento.

tos surtirán su efecto áun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislcion comun, y que segun el 592 de la de Enjuiciamiento civil en los concursos de acreedores los síndicos formarán cinco estados. El primero, de los acreedores por trabajo personal y por alimentos: si se tratare de un ab-intestato ó testamentaría concursada, se colocarán en este lugar, y tendrán preferencia á cualquier otro los acreedores por los gastos del funeral, proporcionado á la fortuna y circunstancias del finado, y por los ocasionados con motivo de la ordenacion de su última voluntad y formacion de inventario y diligencias judiciales á que haya dado lugar la testamentaría ó ab-intestato. El segundo, de los hipotecarios legales, segun el órden establecido por el derecho. El tercero, de los que lo sean por contrato, segun su antigüedad. El cuarto, de los escriturarios; y el quinto, de los comunes.

Subsisten los beneficios de competencia y cesion. La doctrina de los tratadistas que en todas las reglas dadas para casos especiales veían privilegios que consideraban renunciables, filtraría á la jurisprudencia de Cataluña, pues la Constitucion 3.ª del Tít. 11 *(De executió de censals)*, Lib. VII, Vol. 1.º, supone renunciable el beneficio de cesion de bienes, pues dice que la ejecucion que se hiciere por razon de los censales ó violarios no pueda impedirse por cesion de bienes, si de los contratos no apareciese haberse renunciado bajo juramento á dicho beneficio.

Deben observarse las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre los concursos voluntarios de acreedores.

La misma Ley trata de los beneficios de quita y espera.

§ 507.—Prueba del pago.—El principio de que la prueba del pago incumbe al que quiere prevalecerse de este hecho, está confirmada en el Cap. 4.º de las Decretales de Gregorio IX, *De solutionibus*, III, 23, al disponer que si alegándose el hecho de haber pagado indebidamente una cantidad para lograr su devolucion la parte contraria negase su recibo, corresponderá al demandante la prueba de su certeza.

La Ley 14, § 2, Cod. *De non num. pecun.*, IV, 30, dispone que el recibo privado no hace prueba hasta despues de 30 dias de su firma. Mientras no ha expirado este plazo, el acreedor puede oponer á la carta de pago la excepcion *non numeratæ pecuniæ*, é impugnar el escrito por la *condictio sine causa*. La 4, Cod. *De apochis publicis*, X, 22, consigna expresamente que la disposicion anterior no es aplicable á las cartas de pago emanadas de autoridades públicas.

El Usatge *Accusatores*, que es el 3.º del Tít. 16 *(De testimonis)*, Lib. III, Vol. 1.º, disponia *que dos ó tres testigos idóneos bastan para probar todos los negocios*. De ahi que en Cataluña no se observasen las disposiciones romanas que exigian cinco testigos cuando no habia otra prueba del pago.

Téngase presente que, á tenor del Art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los Jueces y Tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, y atiéndase á la jurisprudencia sobre este punto formada por las sentencias del Tribunal Supremo.

SECCION 2.ª

DE LA PRESCRIPCION.

§ 508. Aplicacion del Usatge «Omnes causæ.»—Tratando de la prescripcion de los derechos reales, en el § 349 insertamos el Usatge *Omnes causæ;* y despues de explicar su orígen, en el § 350 dimos á conocer la interpretacion práctica que ha recibido, diciendo en el 351 que para la prescripcion conforme á dicho Usatge no es necesaria la buena fé de parte de aquel á quien aprovecha.

La doctrina de todos los autores catalanes y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido respecto á la prescripcion de las acciones personales todas las circunstancias aludidas, y nos creemos dispensados de citar sentencias porque el hecho es indudable.

La accion hipotecaria prescribia á los 30 años, término comun del Usatge, excepto en Barcelona y demás poblaciones que gozan del *Recognoverunt proceres*, porque á tenor del Cap. 66 de este privilegio duraba 40 años. El Art. 134 de la Ley Hipotecaria dice: *La accion hipotecaria prescribirá á los 20 años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito.*

Esta disposicion es terminante y no admite restriccion alguna.

La Comision de Códigos en la exposicion de motivos de dicha Ley manifiesta que propone el término de 20 años para la duracion de dicha accion, porque siendo el señalado para la prescripcion de las acciones personales á que está adherida la hipoteca, perdiendo estas su fuerza, no debe conservarla la hipotecaria. De esta afirmacion se ha querido deducir que, no prescribiendo en Cataluña las acciones personales hasta los 30 años, sólo al expirar este término se extinguirá la hipotecaria; pero tenemos la conviccion de que los Tribunales aplicarán las claras, precisas y concluyentes palabras del Art. 134, porque un precepto formulado con estas circunstancias no admite interpretacion extensiva ni restrictiva.

En el § 416 demostramos que, segun la jurisprudencia de Cataluña, era imprescriptible el derecho de redimir ó retraer la finca vendida á carta de gracia; y en el siguiente dimos cuenta de las sentencias del Tribunal Supremo que lo han considerado prescrito á los 30 años.

Del mismo modo en el § 435 manifestamos que, excepto en la diócesis de Gerona, no prescribian los censales; pero que el Tribunal Supre-

mo, en sentencia de 27 de Febrero de 1875, los declaró prescritos á los 30 años de no haberse exigido las pensiones.

§ 509. **Prescripciones que tienen lugar por menor plazo de 30 años.**—En el § 449 dijimos que los salarios de los criados prescriben al año de hallarse éstos fuera del servicio, y que los créditos de los artesanos y menestrales prescriben á los 3 años. Indicamos las restricciones señaladas en las mismas Constituciones que lo ordenan, y las establecidas por la Jurisprudencia. En los §§ 466 y 467 se dijo tambien que los honorarios de los abogados y derechos de los procuradores y notarios prescriben á los tres años.

§ 510. **El término de la prescripcion no puede variarse ni renunciarse por contrato.**—El Tribunal Supremo ha fundado esta prohibicion en ser la prescripcion de derecho público, é introducida en beneficio de todos los ciudadanos.

Para todo lo demás, se acudirá al derecho romano.

SECCION 3.ª

DE LA RESTITUCION POR ENTERO.

§ 511. **Disposiciones vigentes.**—Lo están las del derecho romano. Como de ellas fueron sacadas las de Partida que rigen en Castilla, no existen variantes de importancia.

En las Decretales de Gregorio IX existe el Tít. *De in integrum restitutione*, I, 41, que contiene 10 capítulos.

El 1.º dispone que debiendo la Iglesia conservar siempre ileso el derecho de los menores *(jura minorum)* reclame la restitucion por entero si concedió una propiedad con módico censo, pero con la obligacion de abonar al colono las mejoras y gastos de cultivo.

El 2.º concede la restitucion á la Iglesia cuando sufriere lesion por negligencia de un procurador.

Segun el 3.º competerá la restitucion á la Iglesia áun contra la Iglesia, si sufrió lesion por omisiones sufridas en la prueba.

El 5.º previene que se dé la restitucion á la Iglesia, áun contra la sentencia dictada por el Sumo Pontífice.

El 10 dispone que contra la denegacion en juicio del beneficio de restitucion, no compete á la Iglesia otra restitucion que la de la omision de no interponer la apelacion.

Además, el capítulo 4.º contiene una concesion particular de beneficio en una causa matrimonial. El 6.º previene que por la demanda de restitucion *in integrum* contra una sentencia se suspenda su ejecucion, á

no ser que presumiéndose malicia en el demandante, el que tenga la sentencia á su favor preste caucion. El 8.° confirma el beneficio de restitucion, concedido á los menores. Los 7.° y 9.° se refieren al antiguo modo de enjuiciar, y no son aplicables.

El Tít. 21, Lib. I, del 6.° de las Decretales, bajo el epígrafe *De restitutione in integrum*, contiene dos capítulos. El 1.° dispone que despues del cuadrienio legal no se conceda la restitucion á la Iglesia contra las sentencias y los contratos, á no ser que por haber mediado prevaricacion ó fraude manifiesto se considerase que debe otorgarse (*nisi prevaricationis, vel fraudis manifestæ probetur super hoc intervenisse commentum aut alia rationabilis causa subsit, quæ Superiorem morere debeat ad idem beneficium concedendum*).

El 2.° previene lo mismo respecto á la confesion hecha en juicio por la Iglesia; pero que despues de dicho plazo podrá utilizar los medios comunes establecidos en el derecho, si á ello hubiere lugar.

El capitulo único del Tít. 11 de igual epígrafe, Lib. I de las Clementinas, dice que el cuadrienio legal se cuenta sin interrupcion desde que la Iglesia sufrió la lesion,

La Constitucion única del Tit. 12 (*De restitutio en integre*), Lib. II, y la 14 del Tit. 14, Lib. III, Vol 1.°, de las de Cataluña, se refieren al procedimiento antiguo.

Escasas son las sentencias del Tribunal Supremo que sobre restitucion por entero han recaido en casos de Cataluña. La de 21 de Enero de 1869 declaró que si bien la Ley 2.ª, Tit. 19, Partida VI, y la 11, párrafo 30, Libro I, Tít. 4.° del Digesto exigen para la restitucion que se acredite el daño ó menoscabo, no designan qué clase de prueba ha de suministrarse sobre el particular.

SECCION 4.ª

DE LA RESCISION DE LOS CONTRATOS EN QUE MEDIA PRECIO POR CAUSA DE LESION.

§ 512. **Observacion general.**— Al tratar de la compra-venta, en el § 383, expusimos las disposiciones de las Decretales sobre la rescicion del contrato de compra-venta por la causa de esta seccion, y dimos cuenta de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 1875.

El mismo Tribunal, en 12 de Marzo de 1864, declaró que para los efectos de la lesion no debe considerarse el valor intrínseco ó material de la cosa, sino el de la estimacion que resulte por lo que ofrecen ó dan por ella con relacion á lo que reditúa ó produce.

Al tratar de la transaccion, dijimos que no podia rescindirse por causa de lesion.

LIBRO CUARTO.

DE LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE.

TÍTULO I.

NOCIONES PRELIMINARES.

CAPÍTULO 1.º

NOCION DE ESTAS SUCESIONES: SUS ESPECIES.

§ 513. ¿Qué es sucesion por causa de muerte? — Llámase sucesion por causa de muerte el acto por el que una persona entra á ocupar el lugar y á subrogarse en los derechos de otra, que ha fallecido.

§ 514. Su division.—Se divide en universal *(successio per universitatem)*, que es la que tiene lugar en todos los bienes del difunto y en la universalidad de sus derechos y obligaciones (*in universum jus*); y singular ó por título singular (*in singulam rem*), que es la que confiere únicamente derechos singulares.

§ 515. ¿Qué es herencia? — Es la misma sucesion universal en sentido objetivo, ó sea el conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales que deja una persona al morir, comprendiendo tanto los derechos como las obligaciones, excepto aquellos que por su naturaleza son eminentemente personales y que por lo mismo concluyen con la muerte.

La persona á quien competen estos derechos universales en la sucesion del difunto, se llama heredero: y el conjunto de normas jurídicas que regula esta sucesion, se denomina derecho hereditario.

§ 516. **Carácter y denominaciones de la sucesion singular por causa de muerte.**—La sucesion singular recae sobre una ó varias cosas ó bienes de los que constituyen el patrimonio del difunto, considerado únicamente en los derechos activos que lo integran; y no establece por consiguiente unidad de persona entre el sucesor y el difunto.

Los sucesores singulares toman distinta denominacion, segun el título ó forma de su nombramiento, y así se les llama legatarios, fideicomisarios por título singular y donatarios por causa de muerte, separados por algunas diferencias, que expondremos en sus respectivos lugares.

CAPÍTULO 2.°

DE LA DELACION Y ADQUISICION.

§ 517. **Distincion entre la delacion y la adquisicion de estas sucesiones.**—Conviene no confundir la delacion con la adquisicion de estas sucesiones por las distintas consecuencias jurídicas que importa uno y otro acto.

La delacion tiene lugar siempre que por un motivo cualquiera se ofrece un derecho sucesorio universal ó singular á una persona capaz de aceptarlo (1).

La adquisicion consiste en la aceptacion, expresa ó tácita, de una sucesion por parte de la persona á quien se ha ofrecido.

§ 518. **De las causas de la delacion.** — La delacion tiene lugar ó por voluntad del hombre, ó por disposicion de la ley.

La primera puede manifestarse por testamento ó codicilo, y da lugar á lo que se llama sucesion *testamentaria ó testada.*

La segunda da orígen á lo que se llama, en general, sucesion *legítima;* mas como la disposicion de la ley viene en algunos casos á suplir la voluntad del hombre por no haberse ésta manifestado, y en otros á proclamar ciertos derechos, independientemente de dicha voluntad, de ahí que deba subdividirse esta sucesion legitima en sucesion *ab intesto*, que es la que se defiere por la ley en defecto de disposicion testa-

(1) Ley 151, Dig. *De verb. sign.*, L, 16; *Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi.*

mentaria válida, y *forzosa* que es la que la misma ley establece de una manera directa, independientemente de la voluntad del testador y limitando en consecuencia las facultades que le competen en cuanto á la disposicion de sus bienes.

Además se conocen en Cataluña los pactos sucesorios otorgados en las capitulaciones matrimoniales, cuya especial naturaleza y efectos examinamos en su respectivo lugar (§ 56 y siguientes).

§ 519. Relacion entre la sucesion testamentaria y la ab-intestato.—De estas dos clases de sucesion, la primera es siempre preferida, en cuanto sea posible, á la segunda, de suerte que sólo se da lugar á ésta cuando aquella no puede realizarse (*quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab-intestato non defertur*).

En Cataluña subsiste el principio de incompatibilidad entre ambas sucesiones, en virtud de la regla fundamental de derecho romano: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, la cual sufre escepcion en el derecho de Barcelona, en virtud de un privilegio de que luego se hará mencion.

TÍTULO II.

DE LA SUCESION AB-INTESTATO.

CAPÍTULO 1.°

NOCIONES GENERALES.

§ 520. **Derecho vigente en Cataluña.**—Esta sucesion se regula en Cataluña por el derecho romano justinianeo (1) y por la ley general del Reino sobre adquisiciones del Estado, de 16 de mayo de 1835 (2). —El derecho especial de nuestro territorio no contiene disposicion alguna importante (3) acerca del órden general de esta sucesion; y únicamente en el caso de la muerte intestada del impúber establece un llamamiento especial, basado en el principio de troncalidad, que examinaremos más adelante.

§ 521. **Concepto y caracteres de esta sucesion.**— Llámase sucesion ab intestato la que, en defecto de la testamentaria, se defiere por disposicion de la ley.

Es *universal*, porqué las personas llamadas en virtud de la misma asumen la representacion jurídica del difunto en cuanto á sus derechos patrimoniales y adquieren á la vez, salvas las disposiciones á título

(1) El sistema de sucesion regular intestada establecido por Justiniano, está casi totalmente comprendido en las Novelas 118 y 127, así como en los Títulos del Digesto *Unde vir et uxor* XXXVIII, 11 y del Código *Eodem*, VI, 18.—Las sucesiones irregulares se rigen por diferentes disposiciones, cuyas citas se hallarán en sus lugares respectivos.

(2) Esta ley respetó los órdenes de sucesion ab-intestato establecidos por el derecho, á la vez que creó otros.—Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 1867.

(3) El Usatge *Si a vice comitibus*, único del Tit. 4.° (*De la succesió ab intestat*), Libro VI, Vol. 1.°, no tiene hoy ningun valor práctico, porqué se refiere á la sucesion de los bienes feudales.

singular que puedan existir, la totalidad de los bienes hereditarios, sin prévia fijacion de cuota, la cual resulta del número de concurrentes entre quienes la herencia deba dividirse, excepto cuando la ley señala una porcion determinada é invariable, como acontece en la sucesion del hijo natural con respecto á su padre.

Es tambien *incompatible* con la sucesion testada en fuerza del principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (1), que rige aun con todo su vigor en Cataluña, excepto en Barcelona, en virtud del privilegio de Pedro III, único del Título 1.ª, *(De testaments)*, Libro VI, Vol. II, de que luego se hablará.

Además, y como resulta ya de la definicion, es *subsidiaria* en el sentido de que sólo tiene lugar cuando el difunto no ha otorgado testamento, ó cuando, habiéndolo otorgado, es éste nulo desde el principio ó se ha invalidado despues por alguna de las causas señaladas por el derecho (2).

§ 522. **Se divide en regular é irregular.**—La primera es la que se defiere con arreglo á los principios establecidos por la ley como norma de general y ordinaria aplicacion, siempre que un individuo fallece sin dejar disposicion testamentaria válida. La segunda es la que tiene lugar en ciertos casos especiales ó excepcionales, mediante alteraciones más ó ménos profundas en la observancia de aquellos principios.

CAPÍTULO 2.º

DE LA SUCESION AB INTESTATO REGULAR.

---

§ 523. **Reglas generales aplicables á la misma.**—Son aplicables á esta sucesion las siguientes reglas:

1.ª Entre los órdenes de llamamientos, el anterior excluye al posterior, es decir, que mientras exista una sóla persona de un órden cualquiera, ninguna de otro posterior tiene derecho á la sucesion.

2.ª Dentro de cada órden compuesto de varias personas, las más próximas excluyen á las más remotas, excepto en cuanto á los des-

---

(1) Ley 7. Dig. *De reg. jur.*, L. 17.

(2) Ley 39. Dig. *De adquir. hered.*, XXIX, 2.—Ley 89, Dig *De reg. jur*, L. 17.—Ley 8, Cod. *Comm. de succes.*, VI, 59.

cendientes de segundo y ulterior grado y á los hijos de hermanos, en la conformidad que luego se dirá.

3.ª Cuando la persona á quien se defiere originariamente la herencia no llega á adquirirla, la facultad de hacerlo pasa á aquel á quien dicha persona excluia, siempre que los herederos restantes no ostenten un derecho superior al suyo.

4.ª El parentesco que da derecho á esta sucesion, es el de consanguinidad. El de afinidad no confiere derecho alguno (1); y únicamente el vínculo del matrimonio establece, aunque en órden bastante remoto, una sucesion mútua entre los cónyuges.

5.ª El parentesco civil proveniente de la adopcion crea un perfecto y recíproco derecho de sucesion en la adopcion plena y en la arrogacion (2). En la adopcion ménos plena produce únicamente un derecho de sucesion á favor del adoptado con respecto al adoptante (3), excepto cuando la adoptante es una mujer, en cuyo caso el derecho se extiende á los descendientes del adoptado, pero nó á otros parientes de él ó de la madre (4).

6.ª La computacion de los grados entre el difunto y los llamados á sucederle, se hace civilmente (5).

7.ª El principio de troncalidad no ejerce influencia alguna en el órden de los llamamientos, los cuales tienen lugar sin consideracion al orígen de los bienes. En Cataluña no hay ley ni fuero particular que disponga esta distincion de bienes (6), exceptuando sólo el caso de la muerte intestada del impúber, que constituye otra de las sucesiones irregulares que luego examinaremos.

8.ª La delacion de la herencia tiene lugar en el dia de la muerte de la persona de cuya sucesion se trate, en el caso de que entonces no exista testamento válido; si éste existe, pero se invalida por un hecho posterior, la delacion se verificará en el momento en que sea cierta la ineficacia del testamento y la imposibilidad de realizarse la sucesion testamentaria (7).

Y 9.ª Para tener derecho á la sucesion es necesario que el indivi-

---

(1) Leyes 3 y 7, *Comm. de succes*, VI. 59.

(2) Ley 1, § 4, Dig. *Unde cogn.*, XXXVIII. 8.—Ley 4, § 2, 10, Ley 5, Dig. *De grad.*, XXXVIII, 10.—Leyes 10 y 11, Dig. *De adopt.*, I, 7.

(3) Ley 10, § 1, Cod. *De adopt.*, VIII, 48.—§ 14, Inst. *De hered ab-intest.*, III, 1.

(4) Ley 5, Cod. *De adopt.*, VIII, 48.—Algunos autores sostienen que este derecho de sucesion es mútuo, y que por consiguiente tambien lo gozará la madre adoptiva. Los textos legales no suministran datos bastantes para decidir esta cuestion.

(5) Ley de 16 de Mayo de 1835, Art. 2.º. Núm. 3.—Fontanella, *Decis.*, XII, Ns. 7 y siguientes.

(6) Fontanella, Claus. IV, Glos. 24, Ns. 63 y sigs.—Vives, Nota 3 al Tit. 4.º. Lib. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

(7) Leyes 1, § 8; 2, § 5, y 5. Dig. *De suis et leg.*, XXX, 16.—Ley 7, pr. Dig. *Unde liberi*, XXXVIII, 6.—§ 6, Inst. *De leg. adgd. succ.*, III. 2.

quo exista á lo menos como *nasciturus* en el momento de la delacion, y que reuna desde entónces hasta el dia de la adquisicion las condiciones de capacidad exigidas por la ley (1).

§ 524. Personas llamadas á la sucesion ab-intestato, y su division por órdenes ó clases.— Combinando las disposiciones del derecho romano con las de la citada Ley de 16 de Mayo de 1835, pueden considerarse en Cataluña divididas en ocho órdenes ó clases las personas llamadas á la sucesion ab-intestato, á saber:

1.º Descendientes en general, ó sea hijos, nietos y demás descendientes legítimos y legitimados (2), sin distincion de edad, sexo ni grado, con tal que no se encuentren separados del difunto por alguna persona intermedia, ocupando los de segundo y ulterior grado el lugar de su padre premuerto (3).

A este derecho de los nietos y biznietos de entrar en lugar de su padre, se le llama comunmente *derecho de representacion*, expresion que debe desecharse si por ella se trata de significar que aquellos suceden al abuelo *ex jure transmisso*, toda vez que concurren por derecho propio y ocupan el lugar de su padre solamente *quoad gradum* (4).

2.º Ascendientes junto con hermanos germanos ó de doble vínculo é hijos de estos premuertos, atendiendo, en cuanto á los ascendientes, á la mayor proximidad de grado, de suerte que el más cercano excluye al más remoto, sin distinguir entre línea paterna y línea materna.

En este órden y en el siguiente la palabra *hijos* se toma en sentido estricto, ó sea como descendientes de primer grado, por lo cual los

---

(1) Ley 1, § 4, Dig. *Ad S. C. Tertyll.*, XXXVIII, 1.

(2) Hoy unicamente se conocen dos clases de legitimacion, á saber: por subsiguiente matrimonio y por autoridad del Soberano ó gracia real (*per rescriptum principis*). Los legitimados por cualquiera de estos medios gozan de los mismos derechos que los hijos legítimos, pues la limitacion que en cuanto á los segundos establecen algunos autores en el caso de que existan hijos legitimos podrá y deberá tenerse en cuenta para el otorgamiento de la gracia real, pero no variará la naturaleza y efectos de la legitimacion una vez otorgada: Novelas 74. Cap. 1 y 2; y 89. Cap. 9 y 10. — Tampoco puede admitirse para dichos legitimados por gracia real la restriccion á que en Castilla quedan sometidos en cuanto á la sucesion á la herencia de sus ascendentes, si sobrevienen hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, segun lo dispuesto en la ley 7 Tit. XX. Lib. X. Novísima Recop, (12 de Toro), porque esta ley no es aplicable á Cataluña.

(3) Novela 118. Cap. 1.

(4) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3.º, Núm. 12.— Aunque recaida en un pleito de fuera de este territorio, tiene importancia bajo el punto de vista de los principios generales en esta materia la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1862, en la que se sienta la doctrina de que la renuncia de esta sucesion hecha por los hijos no perjudica á los nietos, añadiéndose que el Art. 2.º de la Ley de 16 de Mayo de 1835, que establece que corresponden al Estado los bienes de los que hayan muerto intestados, tiene aplicacion solamente cuando éstos no dejan personas capaces de heredar.

nietos y demás descendientes de un hermano entran ya en el órden cuarto (1).

Los hijos de hermanos germanos son pospuestos á los ascendientes en el caso de no concurrir ningun hermano del difunto (2).

3.° Hermanos unilaterales (consaguíneos ó uterinos) é hijos (3) de estos premuertos (4).

Los hermanos adoptivos que tienen derecho á suceder en la línea colateral, á saber, los arrogados y los plenamente adoptados entran en este órden por tener la consideracion de unilaterales (fraternidad consanguínea).

4.° Los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive, sin distinguir entre bilaterales ó de doble vínculo y unilaterales (comprendidos los adoptivos en virtud de adopcion plena y arrogacion) y atendiendo sólo á la proximidad de grado (5).

5.° Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes respecto á la sucesion del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre (6).

6.° El cónyuge sobreviviente no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales (7); de lo cual se deduce que hereda plenamente en usufructo y propiedad los demás bienes raíces que no sean de abolengo, y que hereda con igual plenitud de dominio los bienes muebles.

7.° Los parientes colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive (8).

Y 8.° El Estado (9).

---

(1) Nov. 118, Cap. 3.°, Verb. *Hujusmodi.*—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 5, N.° 7. —Vives, Nota 3 al Tit. 4.°, Lib. VI, Vol. 1.°, de las *Constituciones de Cataluña.*

La preferencia que la Ley 5.ª, Tit. 13 de la Part. 6.ª dá á los hermanos de doble vínculo respecto á los que lo son sólo por parte de padre ó de madre, no pasa de los hijos de los primeros, sin que pueda favorecer á los que no se encuentran en dicho caso la doctrina de que bajo la palabra *hijos* se comprenden los nietos y demás descendientes cuando ella se halla limitada por alguna ley especial.—Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Diciembre de 1877.

(2) Esta es la opinion más fundada, y la que sustentan la mayor parte de los tratadistas.—Cancer (*Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 5.°, Núm. 16) parece admitirla al reproducir sin contradiccion el principio alegado por otros autores: *non datur representatio fratrum filiis nisi eo casu quo concurrant cum patruo.*

(3) Tomada, como se ha dicho, esta palabra, en sentido estricto.

(4) Novela 118, Cap. 3.°, Verb. *His autem non existentibus.*

(5) Novela 118, Cap. 3.°, *in fine.*

(6) Ley de 16 de Mayo de 1836, Art. 2.°, Núm. 1.

(7) Dig. *Unde vir et uxor*, XXXVIII, 11.—Cod. *Eodem*, VI, 18.—Ley de 16 de Mayo de 1835, Art. 2.°, Núm. 2.

(8) Dicha Ley de 1835, Art. 2.°, Núm. 3.

(9) La misma Ley, Art 2.°

§ 525. **Modos de dividirse la herencia entre las personas llamadas á ella.**—Cuando simultáneamente son llamadas varias personas á la herencia ab-intestato, ésta se divide ordinariamente atribuyendo á cada uno de los coherederos una parte igual; en cuyo caso se dice que la sucesion se verifica por porciones viriles, ó sea *in capita.*

Este principio, que constituye la regla general y que por consiguiente debe aplicarse siempre que no exista disposicion legal en contrario, sufre excepcion en tres casos, á saber:

1.° En la sucesion de los descendientes de segundo y ulterior grado llamados á ocupar el lugar de su padre ó abuelo premuerto, en cuyo caso perciben aquellos la porcion correspondiente á dicho ascendiente. Esta forma de division se denomina *in stirpes* (1).

2.° En la sucesion de los hijos de hermanos cuando son llamados en concurrencia con sus tios, se señala tambien únicamente á los hijos de un mismo hermano, para que la dividan entre sí, la cuota que hubiera correspondido á su padre y por consiguiente tiene lugar en cuanto á ellos la misma sucesion por troncos, ó *in stirpes* (2).

Y 3.° Entre los ascendientes cuando concurren sólos, esto es, sin ningun hermano, y siendo de distinta línea están en un mismo grado, la division se verifica por líneas *(in lineas)* distribuyendo la herencia por mitad entre la linea paterna y la materna (3). Cuando los ascendientes concurren con hermanos, se sigue la division ordinaria *in capita* (4).

Estos son los únicos casos en que la division adopta formas especiales en virtud de disposicion expresa de la ley; y por lo mismo no tiene fundamento legal bastante la duda suscitada por los autores acerca de lo que debe observarse cuando vengan llamados únicamente varios hijos de hermanos, siendo en número desigual los correspondientes á cada tronco. Hoy puede ya casi darse por resuelta esta duda, pues la mayor parte de los modernos tratadistas han venido á demostrar, con razones de gran peso, que en el caso propuesto no cabe admitir excepcion al principio general de sucesion *in capita* que regula esta materia, y que á lo menos dentro del contexto de las Novelas de Justiniano no hay fundamento bastante para sostener la sucesion *in stirpes*. Cancer (5) despues de haber aceptado la opinion de que debia verificarse la sucesion *in stirpes*, la abandona para sostener que la sucesion *in capita* es en este caso la única admisible, rebatiendo la pretendida paridad entre los hijos de hermanos y los descendientes de segundo y ulterior grado, que sirve aun hoy de principal argumento á los partidarios de aquella opinion.

---

(1) Novela 118, Cap. 1.°, Verb. *Sic tamen.*
(2) Novela 118, Cap. 3.°, Verb. *et*, *quanticumque fuerint.*
(3) Novela 118, Cap. 2.°, Verb. *Si autem eundem.*
(4) Id., Cap. 2.°, Verb. *Si vero.*
(5) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 5.°, Ns. 15 y 16.

CAPÍTULO 3.°

DE LAS SUCESIONES AB-INTESTATO IRREGULARES.

SECCION 1.ª

DE LA SUCESION DE LOS HIJOS Y DEMÁS PARIENTES ILEGÍTIMOS.

§ 526. **Parentesco natural.**—Dijimos ya (1) que, segun las Decretales, son hijos naturales los nacidos de fuera de matrimonio de union no dañada, ó sea los habidos de padre y madre que podian casarse (*ex soluto et soluta*) en el momento de la concepcion, aunque no sean de concubina que el padre tuviese en su casa.

Este parentesco confiere á dichos hijos el derecho de suceder juntamente con los legítimos á la madre y parientes de ésta (2), los cuales á su vez les suceden en la forma y por el órden de la sucesion ab-intestato regular, entendiéndose naturalmente que en el órden transversal, incluso el de los hermanos, tales ilegítimos tendrán sólo la consideracion de unilaterales (uterinos).

Por lo que se refiere á la línea paterna, los hijos naturales gozan unicamente de un derecho eventual y limitado, que consiste en que en el caso de morir el padre intestado (3) sin dejar consorte ni hijos legítimos, le suceden en una sexta parte de la herencia (*duæ unciæ*), porcion que subsiste invariable cualquiera que sea el número de hijos naturales, y á la cual es admitida como copartícipe la madre por una parte viril ó sea igual á cada uno de los hijos. Cuando el padre difunto ha dejado viuda ó algun descendiente legítimo, los hijos naturales sólo tienen derecho á alimentos *secundum substantiæ mensuram a bono viro arbitratam* (4).—Al padre natural le competen recíprocamente los mismos derechos con respecto á sus hijos (5).

Como las Novelas que regulan esta sucesion no hablan del caso en que el difunto deje la concubina sola sin hijos, opinan muchos autores que entónces ésta nada podrá pedir.

---

(1) § 17.

(2) Ley 5, Cod. *Ad S. C. Orphit.* VI, 57.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 5, Núm. 46.—Víves, Nota 3 al Tít. 4.°, Lib. VI, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(3) Sólo en este caso, pues si el padre otorga testamento y nada les deja, nada pueden pretender en los bienes hereditarios.

(4) Novelas 18, Cap. 5 y 89, Cap. 12.—Cancer y Vives en los lugares citados.

(5) Novela 89, Cap. 13.

§ 527. **Hijos espúreos.**—Entendemos aquí por hijos espúreos (*spurii seu vulgo quæsiti*) los nacidos de mujer libre, y cuyo padre es incierto ó desconocido. Siendo en cuanto á ellos la línea materna la única cierta, su derecho consiste en suceder á la madre y parientes de ésta lo mismo que los legítimos y naturales, con la limitacion, que hoy sólo puede tener muy escaso valor práctico, de ser pospuestos á los hijos legítimos en el caso de ser la madre ilustre (1).

§ 528. **Hijos de dañado y punible ayuntamiento** (**ex damnato coitu**).—En esta denominacion se comprenden los *incestuosos*, *adulterinos* y *sacrílegos*, todos los cuales están excluidos de la sucesion tanto paterna como materna, y sólo se les concede alimentos *de equitate canonica* (2), limitados á lo necesario para su subsistencia y con arreglo á la posibilidad, nó á la dignidad de los padres (3).

Conviene tener presente que por derecho canónico son tambien adulterinos los hijos de un casado y una soltera (4).

Siendo por punto general recíproca la sucesion, se infiere que ni el padre ni la madre suceden á los hijos nacidos *ex damnato coitu* (5).

SECCION 2.ª

DE LA SUCESION EN LOS BIENES DE LOS IMPÚBERES.

§ 529. **Principio en que descansa.**—La sucesion ab-intestato en la herencia de los impúberes, se funda en Cataluña en el principio de troncalidad (*paterna paternis, materna maternis*), en virtud del cual los bienes vuelven al tronco de donde proceden. Es el único caso dentro de nuestro derecho en que tiene aplicacion dicho principio, que además ejerce su influencia en la sustitucion pupilar hecha por el padre, limitando las facultades que en fuerza de la patria potestad le competen, conforme se dirá en su lugar respectivo.

§ 530. **Modo de deferirse la sucesion.**—En este punto es fundamental la Constitucion 2.ª (6), Tit. 2.º (*De pupillars y altras substitutions, y de succesions dels impubers*), Lib. VI, Vol. 1.º, que, en lo concer-

---

(1) Ley 5, Cod. *Ad S. C. Orphit.* VI, 57.—Por esta ley, que Justiniano califica de *ipsi pudicitiæ dedicata*, se dispone además que, existiendo hijos legítimos, la madre ilustre nada podrá dejar á los espúreos por testamento ni por donacion entre vivos.

(2) Decretales, Cap. 5, *De eo qui dux*, etc., IV, 7.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Capítulo 5, Núm. 46.—Véase lo dicho en el § 24.

(3) Engel, *Collegium univer. jur. can.*, Lib. III, Tit. 27, Núm. 7.

(4) Decreto de Graciano, Cap. IV, Causs. XXXII, quæst. 4.ª y Cap. V, Causs. XXXII, quæst. 6.ª

(5) Engel, Obra cit., Lib. III, Tit. 27, Núm. 10.

(6) Pedro III, en las Córtes de Monzon, año 1363, Cap. 1.

niente á esta sucesion, dice así: (1) «Muriendo los impúberes ab-intestato, los bienes que hubieren adquirido del padre ó del abuelo ó de otros de línea paterna, ganados (2) por cualquier causa, ocasion ó título, pasarán, nó á la madre ó á los parientes más inmediatos de parte de madre, sino á los dichos padres y otros más inmediatos de aquella parte hasta el cuarto grado (guardado entre ellos órden de derecho romano), sóla la legítima reservada á aquella madre ó á los otros ascendientes de la línea materna, si sobrevivieren y guardadas las condiciones, vínculos y otras cargas que, legítimamente y segun derecho, se hubieren impuesto á aquellos impúberes; y eso mismo se observe en los bienes que hubieren correspondido á aquellos impúberes de la madre ó de la línea materna.»

Esta Constitucion vino á reproducir casi lo mismo que estatuia la que inmediatamente le precede en el mismo Título (3), suprimiendo la limitacion que al principio de troncalidad establecia la segunda respecto de los bienes adquiridos *por industria ó por negociacion,* y estendiéndolo, como se ha visto, á todos los bienes adquiridos *por cualquiera causa, ocasion ó título* (4).

Del contexto de la Constitucion antes transcrita, resulta: 1.° Que el principio de troncalidad sólo se aplica al caso en que el impúber haya muerto intestado, ó sea sin sustituto eficazmente nombrado. 2.° Que dicho principio está establecido en favor de ambas líneas y para todos los bienes (muebles, inmuebles y acciones) que de cualquiera de ellas procedan. 3.° Que la preferencia de que gozan los parientes de la línea respectiva alcanza hasta el cuarto grado *inclusive* (5). 4.° Que entre

---

(1) En catalan: *Los impubers morints ab intestat, los bens que á aquells del Pare, ó del Avi, ó de altres de linea Paternal, per qualsevol causa, ocasió ó títol guanyats, serán pervinguts, no á la Mare ó als qui serán de part de la Mare pus prohismes, mas als dits Pares e altres de aquella part pus prohismes fins al quart grau (servat entre aquells orde de dret romá) pervingan, sola legitima reservada á aquella Mare, ó als ascendents altres de la linea Maternal, si sobreviuran, e servadas las conditions, vincles é altres carrecs, si alguns legitimament, e de dret á aquells impubers sien aposats, e injuncts: e aço mateix sie observat en los bens que á aquells impubers de la Mare, ó de la linea Maternal serán pervinguts.*

(2) Esta palabra se emplea aquí como sinónima de *adquiridos* ú *obtenidos*, y así lo reconocen implícitamente los autores.

(3) Jaime I, en Tarragona, año 1260, Cap. único.

(4) El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de Setiembre de 1866, declaró que la Constitucion calendada en la nota precedente fué derogada y modificada por la que al principio se ha transcrito. Esta derogacion, sin embargo, no debe considerarse más que como parcial y no como verdadera abrogacion; por lo cual hay que reconocer en aquella Constitucion alguna fuerza legal, aparte del valor que tiene como fuente de interpretacion.—Véase Ferrer en sus *Commentaria sive Glossemata* á esta Constitucion, Glos. 2, Ns. 14 y 159 á 162.

(5) Se dudó si las palabras *hasta el cuarto grado (fins al quart grau)* debian considerarse inclusivas ó exclusivas de éste; pero la Constitucion anterior del mismo Título, donde se emplean las palabras *dentro del cuarto grado*, resuelve la duda por completo. En esto convienen casi todos los autores.

estos parientes debe observarse el órden establecido por el derecho romano. Y 5.° Que la observancia del principio fundamental de la ley tiene lugar sin perjuicio de la legítima que corresponde á los ascendientes.

Algunas de estas consecuencias, y especialmente las dos últimas, han sido objeto de dudas y cuestiones que exigen en la exposicion de esta materia mayor desenvolvimiento.

§ 531. **Calificacion de los bienes.**— Tienen la consideracion de bienes paternos ó maternos, para los efectos de esta sucesion, no sólo los que el impúber hubiese adquirido de su padre, madre ú otro ascendiente, sino los que provengan de los parientes colaterales de cualquiera de las dos líneas, por estar comprendidos dichos parientes en lo que los autores (1) llaman *línea contentiva (licet non sint in linea effectiva).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de Diciembre de 1874, declaró que eran inaplicables las reglas de la sucesion de que tratamos á los bienes que, en el caso á que se refiere, habia heredado el impúber de su hermano.

Para determinar si los bienes son paternos ó maternos, debe atenderse nó al orígen remoto de los mismos, sino á la persona de quien inmediatamente los adquirió el pupilo. Esta es la opinion de Cancer (2) y de Fontanella (3), que aceptamos por considerarla ajustada al contexto de la Constitucion que examinamos y á los buenos principios de derecho en materia de sucesiones, y menos ocasionada que la contraria á dudas y litigios en la práctica (4).

No es contrario al principio que hemos sentado el que se consideren paternos los bienes dejados por el padre á la madre del pupilo y que deba esta reservar á los hijos por haber pasado á segundas nupcias; pues en este caso la propiedad queda, en virtud de disposicion de la Ley, para los hijos del primer matrimonio, y por consiguiente estos vienen á suceder directamente al padre en tales bienes, salvo el usufructo que la madre binuba podrá retener durante su vida (5). Esto mismo es aplicable recíprocamente á los bienes cuya propiedad pierde el padre por contraer segundo enlace.

Segun Ferrer (6) se reputan tambien bienes troncales, y deben por consiguiente volver á la línea respectiva: 1.° los edificios construidos

(1) Ferrer, *Commentaria sive Glossemata*, cit. Gloss. 2.ª, Núm. 135 y sigs.

(2) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 1.°, Núm, 44.

(3) *Decis.*, 52, Ns. 10 y sigs.

(4) Ferrer, *Commentaria sive Glossemata*, Glos. 2.ª, Ns. 11 y sigs., sostiene por el contrario que debe atenderse al orígen remoto de donde provienen los bienes.

(5) Fontanella, *Decis.* 58.—Vives, Nota 8.ª á este Título de las Constituciones.

(6) *Commentaria sive Glossemata* cit., Glos. 2.

por los tutores del impúber en suelo procedente de la herencia paterna ó materna, salvo el reintegro del valor y estimacion de aquellos á favor de los sucesores de derecho comun; 2.º los bienes vendidos por el padre ó madre á carta de gracia, y cuyo recobro ó redencion hayan verificado los guardadores del impúber, entendiéndose igualmente que los herederos comunes podrán reclamar el importe del precio invertido en dicha redencion; 3.º las cosas cuya prescripcion habian empezado los causantes del pupilo, y que éste completó por el tiempo señalado por el derecho; y 4.º los predios, edificios ú otra clase de bienes comprados á término por el padre, madre ú otro pariente de estas líneas, que hubiese fallecido ántes del dia del pago y cuya satisfaccion ó entrega hubiese por esta razon verificado el impúber.— El propio autor añade que los bienes dotales dados al marido con estimacion que causa venta (*venditionis causa*), no se consideran maternos sino paternos, pues por la estimacion salieron ya del dominio de la mujer y consiguieron el carácter que les atribuyó la nueva adquisicion, salva la accion para pedir la estimacion en su lugar y caso; y que deben reputarse adquisiciones propias del pupilo las compras y las permutas hechas por este en su nombre, aunque el precio ó la cosa dada en permuta sea de la herencia del padre ó de la madre, exceptuando sólo el caso en que el dinero procediese de un depósito constituido por dichos ascendientes con la condicion de que se invirtiera en la compra de un inmueble.

Todo lo demás que adquiere el impúber por su representacion, trabajo ó industria propios, así como los frutos provenientes de los bienes paternos ó los que con aquellos obtiene, constituyen patrimonio peculiar y exclusivo del pupilo y por lo tanto no están sujetos á la sucesion irregular en que nos ocupamos (1).

§ 532. ¿Tiene el padre, además de la legítima, el usufructo de los bienes dejados por el impúber?—Los autores de derecho catalan (2) sostienen que las palabras *sola la legítima reservada*, que se leen en la Constitucion de que tratamos, no privan al padre de continuar gozando despues de la muerte del impúber del usufruto que en vida le correspondia sobre todos los bienes de éste. Alegan en apoyo de su opinion que, segun disposiciones del derecho romano que citan (3), el padre tiene dicho usufruto, no limitado á la vida del hijo;

---

(1) Ferrer, *Commentaria*, etc., loc. cit.— Cancer, *Var. res.*, Part. 1.ª, Cap. 1, N.º 40.— Vives, Nota 7 á este Título de las *Constituciones de Cataluña*.

(2) Mièrcs, *Apparatus super Constitutionibus*, etc., Coll. 6.ª, Cap. 1, Ns. 73, 120 y 121.— Cancer, *Var. res.* Part. 1, Cap. 1, Ns. 40 y 41.— Ferrer. *Commentaria sive Glossemata*, etc., Gloss. 2.ª, Ns. 46 y 47.— Fontanella, *De pact. nup.*, Claus. 4.ª, Glos. 7, Part. 3, Ns 11, 12, 60, 61 y 62; y *Decision* 57, Núm. 18.

(3) Ley 7 in fin., Cod., *Ad S. C. Tertull.*, VI, 56.— Ley 18 in fin., Cod., *Comm. de succes.* VI, 59.— Ley 2, Cod. *De bon. mat*, VI, 60. — Ley 4, Cod., *De bon. quæ lib.* etc. VI, 61.

que siendo éste un derecho propio del padre, no puede decirse que su continuacion despues de la muerte del impúber sea á título de sucesion; que por lo mismo la Constitucion catalana de que se trata no ha podido alterar en esta parte el derecho comun; que tendiendo aquella á establecer igualdad entre el padre y la madre en la sucesion de los bienes de su línea respectiva, no es de presumir que destruyera dicha igualdad despojando al padre de un derecho que le es propio y exclusivo; y por último, que si se hubiese querido dar este alcance á la repetida Constitucion, se hubiera indicado con términos claros y explícitos.

A pesar del respeto que nos merecen estos autores, no podemos en este punto adherirnos á su opinion. Cierto es que en virtud de las leyes romanas que invocan, el padre conservaba en ciertos casos el usufruto de los bienes que constituian el peculio adventicio del hijo, aun despues del fallecimiento de éste; pero no lo es ménos: 1.° que esto acontecia únicamente cuando el padre no era llamado en todo ni en parte á la sucesion de dicho hijo, ni percibia, siquiera á título de legítima, cosa alguna de la herencia, (lo cual no sucede en la sucesion de que tratamos, en que la ley reserva al padre la legítima en plena propiedad); y 2.° que dichas leyes romanas, contenidas todas ellas en el Código de Justiniano, fueron derogadas, y así lo reconocen los intérpretes, por el Cap. 2.° de la Novela 118 del mismo Emperador, en que se declaró que al suceder el ascendiente al descendiente en union con los hermanos *ex utrisque parentibus conjuncti*, no puede el padre reclamar el usufruto de la porcion que á estos haya correspondido, porque lo que aquel percibe en propiedad reemplaza y compensa dicho usufruto (*nullum usum ex filiorum aut filiorum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare*; *quoniam pro hac usus portione, hereditatis jus et secundum proprietatem per præsentem dedimus legem*).

Estas sencillas observaciones desvirtúan por completo los fundamentos de la opinion que combatimos, y nos autorizan para contestar negativamente la pregunta formulada en este epígrafe, única conclusion, además, admisible dentro de la actual organizacion de la familia y conforme con los textos vigentes de nuestro derecho, inclusa la moderna Ley de Matrimonio civil en lo relativo á los derechos del padre y en su defecto de la madre sobre los bienes de los hijos constituidos bajo su potestad.

§ 533. Orden de prelacion entre los parientes de la línea llamada á esta sucesion. — Mières (1), comentando esta Constitucion *Los impubers*, dice que en el caso de concurrir un hermano ger-

---

(1) *Apparatus*, etc., Coll. 6.ª, Cap. 1, Núm. 103.

mano *(utrinque conjunctus)* y otro consanguíneo, esto es, sólo por parte de padre, ambos deben suceder igualmente al impúber en lo que se refiere á los bienes paternos, pues dicha Constitucion atiende al tronco de donde proceden los bienes; sin que á ello obsten las palabras *guardado órden de derecho romano*, porque éstas aluden á la prioridad y preferencia de grados, á saber, á que los hermanos, como más próximos, deben ser preferidos á los sobrinos, *et sic de similibus.* Es de observar que este autor establece esta interpretacion poco despues (1) de haber dicho que los hermanos concurren junto con el padre.

Cancer (2) expone sucintamente la opinion de Mières, y parece aprobarla.

Ferrer (3) sostiene tambien que el hermano de doble vínculo debe ser equiparado al consanguíneo, pues como en esta sucesion se atiende al parentesco de consanguinidad con el tronco familiar á que deben volver los bienes, entiende que de aquellos dos vínculos hay uno supérfluo. Rechaza, empero, el aserto de Mières de que los tios excluyen á los sobrinos, y sienta como regla general que deben concurrir con los parientes más inmediatos aquellos que, conforme al derecho romano, vengan llamados por derecho de representacion.

Vives (4), despues de exponer las anteriores opiniones, emite la suya en los siguientes términos: «Examinadas todas las razones que se alegan sobre el particular, lo que corrobora más la opinion de Cancer, Mières y Ferrer es no sólo que las palabras *guardado entre ellos órden de derecho romano* deben entenderse en cuanto á la prioridad y diferencia de grados, á saber, que los hermanos prefieran á los sobrinos etc., sino principalmente que por esta Constitucion no se anula enteramente la ley precedente, y que la una debe aclarar la otra. El principal objeto de esta ley fué extender á toda clase de bienes lo que en la ley primera quedaba limitado á los bienes procedentes del linaje del padre, y que por lo mismo deben aquellas espresiones interpretarse por las que se leen en la anterior, donde se dice que los bienes han de quedar en poder de los parientes más inmediatos del difunto de cuya parentela vienen».

Nos limitamos á dar á conocer, con toda exactitud, las opiniones de los autores en este punto verdaderamente fundamental de la sucesion de que tratamos; debiendo sólo añadir que, en nuestro concepto, distan mucho de ser concluyentes los argumentos aducidos en pró de cada una de ellas, y que ni la letra ni el espíritu de la Constitucion catalana autorizan sin alguna violencia el sentido y la interpretacion que dichos escritores le atribuyen.

---

(1) *Loc. cit.* Núm. 19.
(2) *Var. res.* Part. 1.ª, Cap. 1, Núm. 37.
(3) *Commentaria sive Glossemata*, etc., Gloss. 3.ª, Ns. 15 y siguientes.
(4) Nota 11 á este Título de las *Constituciones de Cataluña* (2.ª edicion).

Con relacion á esta misma materia, es muy digno de conocerse el caso que presenta y examina extensamente Fontanella (1), relativo á la sucesion en los bienes de línea paterna de un impúber á quien únicamente sobrevivieron la abuela paterna y un hermano del bisabuelo paterno, entre los cuales se originó pleito pretendiendo la primera ser la *proximior* del impúber y alegando el segundo que, por haber premuerto el padre del pupilo, éste adquirió los bienes del abuelo y que por consiguiente era él (esto es, el hermano del bisabuelo paterno) el *proximior ex ea parte unde bona veniebant.* El Senado, apoyándose principalmente en esta última consideracion, falló el pleito en favor del segundo, con cuyo motivo Fontanella dice que, segun las palabras de la Constitucion, debe atenderse en el llamamiento de las personas á aquellos de quienes inmediatamente provienen los bienes, si es el padre, abuelo ú otro, y que sólo debe atenderse á los más remotos cuando son ellos los que han otorgado la liberalidad á favor del impúber *(et non esse tractandum de remotioribus, nisi quando sunt ipsi qui liberalitatem in impuberem exercent).*

Por lo que se refiere al parentesco ilegítimo, hay que tener presente lo dicho en la seccion anterior. El que se funda en una union dañada *(ex damnato coitu)* no confiere ningun derecho de sucesion, y por lo mismo tampoco es título de llamamiento en la que ahora examinamos. En cuanto al parentesco natural, lo es con respecto á la madre y parientes de su linea, pero no con respecto al padre y parientes paternos (2), pues, segun se dijo, entre el padre y el hijo natural sólo hay un derecho eventual y limitado que consiste en poder percibir recíprocamente la sexta parte de los bienes en el caso de morir cualquiera de ellos intestado sin dejar consorte ni hijos legítimos. Fontanella (3), en confirmacion de esta doctrina, pone el ejemplo de tres hermanas naturales (nacidas de una misma madre), de las cuales una fallece dejando un hijo legítimo que muere en la impubertad, y cuyo padre vive aun; y dice que sucederán al impúber en los bienes de la línea de la madre, las tias maternas del mismo, reservada al padre la legítima *(reservata patri legitima).* Estas últimas palabras necesitan aclaracion, y aun rectificacion. Entre el padre y el hijo natural no se debe legítima. El derecho sucesorio que más inmediatamente les corresponde es el que poco ántes apuntamos, y por consiguiente este será y no otro el que en el caso propuesto podrá hacer valer el padre natural, entendiéndose que la limitacion de no dejar consorte ni hijos legítimos es supérflua, tratándose de un impúber que, como tal, no ha podido contraer matrimonio. La Constitucion catalana no ha po-

(1) *Decisiones* 52, 53, 54, 55 y 56.

(2) Ferrer, *Commentaria sive Glossemata*, Glos. 3.ª, Ns. 58 y sigs.— Fontanella, *Decis.* 57, Ns. 2 á 7.—Vives Nota 11 á este Título de las *Constituciones de Cataluña.*

(3) *Loc. cit.* en la nota anterior.

dido *reservar* al padre natural una legítima que el derecho comun no le concede.

Haremos notar que es escasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa á la sucesion irregular del impúber. A ella se refieren la sentencia de 24 de Diciembre de 1874, de que hemos hablado ya, y las de 14 de Setiembre de 1866 y 25 de Enero de 1870, que reconocen la forma de suceder dispuesta por la Constitucion catalana, sin hacer acerca de ella declaracion alguna importante.

§ 534 **Pacto de renuncia al derecho de supervivencia.**— Este es uno de los pactos que se continúa á veces en los capítulos matrimoniales, por el que los otorgantes renuncian, mediante una cantidad ó sin ella, á la legítima que el cónyuge sobreviviente podria tener en los bienes del premuerto por razon del fallecimiento intestado de alguno de sus hijos impúberes (1).

Fontanella (2) dice que en varios lugares de Cataluña se pacta en los capítulos matrimoniales que el consorte que sobreviva adquirirá una cantidad determinada de los bienes del premuerto, sin tener en cuenta el caso especial de la sucesion del impúber; cuyo pacto es válido y como tal lo reconoció el Senado, fundándose en que *ex pari conventione nulla alterius libertas neque læsio considerari potest.* Añade dicho autor, muy acertadamente, que la cantidad estipulada se debe íntegra á la mujer en el caso de ser ella la sobreviviente, tanto si pagó la dote como si dejó de entregarla al marido, ó la entregó sólo en parte; y que el consorte que pasa á segundas nupcias tendrá únicamente el usufructo de dicha cantidad, reservándose la propiedad en favor de los hijos del primer matrimonio.

---

(1) En la obra del Sr. Falguera *Formulario completo de Notaría* (2.ª edicion, página 126) figura este pacto en los siguientes términos:

« D..... y D.ª..... consortes, convienen en que si el uno de ellos premuere al otro dejando algun hijo de este matrimonio que despues muera impúber antes que el consorte sobreviviente, no pueda el sobreviviente de los consortes adquirir cosa alguna en los bienes del que le premurió por razon de sobrevivencia, ó sea por la legítima que el derecho municipal le conceda en los bienes del hijo impúber procedente del consorte premuerto, pues renuncian á las Constituciones de Cataluña que conceden el derecho de percibir semejantes legítimas »

(2) Claus. VII, Glos. 1.ª, Part. 3.ª, Ns. 1 á 8.

TITULO III.

DE LA SUCESION TESTAMENTARIA.

CAPÍTULO 1.°

DEL TESTAMENTO EN GENERAL; SUS REQUISITOS Y CLASES.

§ 535. **¿Qué es testamento?** — Por testamento se entiende la disposicion solemne de la última voluntad, que contiene institucion válida de heredero (1). Esta es la cláusula fundamental que lo distingue del codicilo.

§ 536. **Sus requisitos.** — Para que pueda existir testamento válido, es necesario: 1.° Que el testador tenga capacidad legal para otorgarlo; 2.ª Que se observen en la manifestacion de la voluntad las formalidades establecidas por la ley; y 3.ª Que la institucion de heredero no adolezca de vicios ni en su forma ni por razon de incapacidad del instituido.

El testamento es esencialmente mudable, como la voluntad de que emana (2); y por consiguiente no adquiere su fuerza hasta el dia en que el testador fallece sin haberlo revocado.

§ 537. **Diferentes clases de testamentos.** — Segun la forma de manifestacion de la voluntad, se dividen en *abiertos ó nuncupativos* y *escritos ó cerrados*. Los primeros son los que otorga el testador, exponiendo de una manera ostensible y manifiesta su última voluntad. Los segundos son aquellos en que la voluntad del testador es secreta y reservada.

---

(1) § 34, Inst. *De legatis*, II. 20: ...,.. *quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.*— Ley 20, Dig., *De jure codic.*, XXIX, 7.

(2) Ley 4, Dig. *De adim. vel transfer*, etc., XXXIV, 4: *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum*

Bajo otro aspecto se dividen los testamentos en *comunes* y *especiales*. Aquellos son los que exigen en su otorgamiento la observancia de las formalidades de que ordinariamente debe revestirse con arreglo á la ley la expresion más solemne de la última voluntad. Estos son los que por razones especiales ó están dispensados de ciertas formalidades, ó deben reunirlas mayores ó permiten modificacion en las prescritas comunmente por el derecho.

CAPÍTULO 2.°

DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR.

§ 538. **Condiciones necesarias para la capacidad.**—Por regla general, tiene capacidad para otorgar testamento toda persona que, habiendo llegado á la pubertad, se halla en el goce de su completo y cabal juicio y no adolece de defecto corporal que le impida expresar su voluntad de una manera inequívoca.

Por derecho romano (1) los sordo-mudos de nacimiento eran incapaces para otorgar cualquiera especie de disposicion testamentaria. Hoy no puede aplicarse esta regla á todos los individuos que adolezcan de aquel defecto, teniendo en cuenta los resultados de los modernos sistemas de educacion, que llegan en ciertos casos á desarrollar maravillosas aptitudes; por lo cual creemos que este punto, como todo lo que se refiere á defectos corporales y mentales, debe decidirse segun las condiciones del individuo, que la ciencia médica apreciará y calificará en los casos dudosos, sin perjuicio de la apreciacion personal que puede y debe hacer el Notario llamado á autorizar la disposicion del testador (2).

---

(1) Ley 10, Cod., *Qui test. fac. poss.*, VI. 22: *sancimus, si quis utroque morbo simul laboret, id est, ut neque audire, neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat: neque testamentum facere, neque codicillos, neque fideicomissum relinquere, neque mortis causa donationem celebrare concedatur.....*

(2) Gibert, *Teórica del arte de Notaria* (3.ª edicion, anotada por el Dr. D. Felix Maria Falguera). Notas al Cap. 1.°, Part. 2.ª, donde además se cita una sentencia de la Audiencia de este territorio que declaró válido el testamento de una persona que á consecuencia de un ataque apoplético no podia pronunciar más que las palabras *sí* y *nó*, que se juzgaron suficientes para expresar el consentimiento; añadiéndose que en Cataluña se han recibido otros testamentos en iguales condiciones.—Con sentencia de 6 de Diciembre de 1867 el Tribunal Supremo hizo igual declaracion respecto de un codicilo otorgado por una persona que articulaba aquellas palabras teniendo integras sus facultades intelectuales, y en consecuencia casó la sentencia de la Audiencia de Barcelona que habia declarado nulo dicho codicilo.

Han desaparecido de nuestro derecho las causas de incapacidad establecidas por aquella legislacion respecto de ciertas personas declaradas *lege intestabiles* en pena de su delito, tales como los reos de alta traicion y sus hijos, los autores de libelos infamatorios, los reos de lesa magestad y los condenados á muerte; así como las establecidas por el derecho canónico respecto á los usureros y á los apóstatas y herejes; pues dichas causas de incapacidad se fundaban, ya en la pena de confiscacion de bienes, hoy abolida, ya en otras razones de todo punto incompatibles con el estado social y político presente.

No obstante, subsisten algunas limitaciones á la regla general ántes expuesta, que examinaremos brevemente.

§ 539. Limitaciones á la capacidad del hijo de familias.— Segun derecho romano (1), el hijo de familias no puede otorgar testamento, excepto en cuanto á los bienes comprendidos en el peculio castrense y cuasi-castrense, en los cuales es reputado como padre de familias. Aun para otorgar donaciones *mortis causa* necesita el consentimiento del padre (2), del cual, segun una notable disposicion del derecho canónico (3), no puede prescindir ni siquiera para disponer en favor de causas pías.

Los autores de derecho catalan admiten generalmente los principios del romano. Ferrer (4), apoyándose en varias disposiciones del Código de Justiniano, niega al hijo de familias la capacidad de testar en cuanto á los bienes adventicios, tanto si sólo tiene la nuda propiedad como si le corresponden en propiedad y en usufructo. Cancer (5) sienta en términos absolutos que el testamento del hijo de familias es nulo. Fontanella (6) dice que el hijo de familias no puede testar ni otorgar codicilos, ni aun con consentimiento del padre; y añade, apoyándose en una decision del Senado, que la cláusula codicilar por sí sola no da

---

(1) Pr. Inst. *Quib. non est permiss.* II, 12.—Leyes 6 y 16, Dig., *Qui test. fac. poss.* XXVIII, 1.—Leyes 3, § 1, 11 y 12, Cod. *Eod.* VI, 22.—Nov. 123, Cap. 19.—Ley 26, § 1, Dig. *De test. mil.* XXIX, 1.

(2) Ley 7, § 4, Dig., *De donationibus* XXXIX.—Ley 25, § 1, Dig., *De mort caus. donat.* XXXIX. 6: *Filiusfamilias qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permitente potest.*

(3) Cap. 4.°, Sexto de las Decretales, *De sepult.* III, 12, que dice así: *Quamvis autem filiusfamilias absque patris adsensu sibi possit libere eligere sepulturam, pro anima tamen sua* (esto es, *ad piam causam*) *præter ipsius adsensum, nisi peculium castrense aut quasi castrense habeat, aliquid judicare non potest.*—A pesar de tan terminantes palabras, algunos canonistas sostienen que es válido, aun sin el consentimiento del padre, el testamento hecho por el hijo de familias en cuanto á sus bienes adventicios y en favor de causas pias, con tal que deje á aquel la legítima. Véase Engel, *Coll. univ. jur. cau.*, Lib. 3, Tit. 26, N.° 7.

(4) *Commentaria sive Glossemata*, etc., Gloss. 3.ª, N.° 46.

(5) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4, N.° 124.

(6) *Decis.* 531, Ns. 20 á 24.

fuerza á la disposicion, sino que es necesario, además del consentimiento del padre, que se ponga la cláusula de que valga como donacion *mortis causa.*

Aunque deben hoy considerarse subsistentes en su parte fundamental los principios del derecho romano en el punto de que tratamos, es innegable que han sufrido indirectamente importantes alteraciones en virtud de las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil, relativas á los derechos del padre y en defecto de la madre sobre los bienes de los hijos, de los cuales nos ocupamos ya en el § 30.

§ 540. **Incapacidad del Religioso profeso.**—Llámase Religioso profeso el que ha tomado el hábito en cualquiera de las Ordenes regulares, y ha hecho los tres votos de obediencia, pobreza y castidad. Antes de la profesion puede disponer libremente de sus bienes, pero despues de ella carece de dicha facultad, pues por el voto se sometió á la voluntad de su prelado y renunció á toda clase de bienes temporales. No obstante, en el caso de que el profeso haya dejado hijos y no haya testado, puede, aun despues de la profesion, distribuir sus bienes entre aquellos, reservando al monasterio, á lo menos, una porcion viril ó sea igual á la asignada á uno de lós hijos (1).

§ 541. **Incapacidad del pródigo.**—El pródigo de derecho, ó sea el individuo declarado tal por los Tribunales, es incapaz para otorgar testamento, de la misma manera que lo es para administrar y disponer de sus bienes durante su vida, pues en cuanto al ejercicio de estos derechos la ley le equipara al furioso (2). Sin embargo, será válido el testamento que el pródigo hubiese otorgado ántes de haberse declarado judicialmente la interdiccion de bienes.

Algunos autores de derecho canónico, entre ellos Engel (3), sostienen que el pródigo tiene capacidad para otorgar testamento en favor de causas pías, fundándose en que semejantes disposiciones se regulan por el derecho de gentes, y en que no debe impedirse á nadie que haga aquello que puede contribuir á la salvacion de su alma.

---

(1) Decreto de Graciano, Caus. 19, Quæst. 3, C. 9. ... .*Sed si persona liberos habens, antequam de rebus suis inter eos disponat, monasterium intret; liceat ei postea inter eos dividere legitima non diminuta: et quod eis non dedit, monasterio competet. Sed si omnem substantiam inter filios dividere voluerit, sua persona filiis connumerata partem sibi retineat, quæ monasterio competere debet.*

(2) § Inst., *Quib. non est. permis*, etc. II, 12.—Ley 18, pr. Dig. *Qui test. fac. pos.*, XXVIII, 1.

(3) *Colleg. univ. jur. can.*, Lib. 3.°, Tit. 26, N.° 4.

CAPÍTULO 3.º

FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

SECCION 1.ª

TESTAMENTOS COMUNES.

§ 542. Formalidades de los testamentos comunes en general, y disposiciones que las regulan.—Distínguese el derecho catalan en esta parte por la simplificacion en las formalidades que deben acompañar á la manifestacion de la voluntad del testador, conservando no obstante aquellas que son necesarias para evitar toda suplantacion ó falsedad en un negocio de tanta trascendencia que afecta á los más elevados intereses de la familia. Esta tendencia á la sobriedad de formas se revela ya en nuestras más antiguas leyes, llegando en algunos casos á exageraciones, por todo extremo peligrosas é insostenibles en la práctica.

El Usatge *Accusatores* (3.º del Título 16, *De testimonis*, Lib. III, Vol. 1.º) declaró que dos ó tres testigos idóneos bastan para probar cualquier negocio (1); principio que se aplicó á los testamentos con casi general observancia, excepto en algunas localidades, en que continuó la práctica, derivada del derecho romano, de hacer concurrir siete testigos al otorgamiento de dichas últimas voluntades. Así lo reconoce Cancer (2), añadiendo que entre los lugares donde no se habia admitido la extension dada al Usatge *Accusatores* figuraban Perpiñan, Tarragona y Tortosa (3).

En Barcelona se observó desde remotos tiempos el mismo principio, pues en el Cap. 26 del *Recognoverunt proceres* se declara que « el testa-

---

(1) *Dos ó tres ydoneus testimonis bastan á probar tots negocis*

(2) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 20, Núm. 409.

(3) Con referencia á esta última poblacion, dice Vives (Nota 1.ª al Tít. 1, Lib. 6, Vol. 1.º de las Constituciones), que parece equivocado lo que afirma Cancer, pues en la *Teórica del arte de notaria*, publicada por Pedro Juan Perera, notario de dicha ciudad de Tortosa, se dice que segun costumbre antiquísima é inmemorial basta la presencia de dos testigos, excepto en alguna ciudad en que se observa el derecho comun. Respecto al obispado de Gerona, dice el propio Vives haber visto muchos testamentos anteriores á 1736 en que intervenian 7 testigos, y que aun despues de aquella fecha se ha observado lo mismo en algunos casos en que el testador declaraba querer testar segun el derecho comun.

mento en que hay dos ó tres testigos valga y no quede invalidado por falta de testigos.» Más notable era el privilegio de que gozaba dicha ciudad, y que se consigna en el Cap. 25 del mismo *Recognoverunt proceres*, en virtud del cual el Notario podia autorizar el testamento estando él solo con el testador, bastando que, hecho el explicado testamento ó notado en un papel, llamara dos testigos y dijera en su presencia haber él hecho (esto es, autorizado) el testamento, con lo cual éste valia como si los testigos lo hubiesen oido. Este privilegio quedó derogado por las Reales Ordenanzas de 1755, de que luego se hablará. Subsiste, no obstante, en Barcelona el privilegio concedido por Pedro III, en 1339 (único del Tít. 1.°, Lib. VI, Vol. 2.°), que entre otras cosas dispensó á los testamentos de la formalidad de la rogacion de los testigos.

En las Reales Ordenanzas de 24 de Julio de 1755 (que forman la Ley 28, Tít. 15, Lib. 7 de la Nov. Rec.) se dictaron algunas disposiciones encaminadas á uniformar nuestro derecho en este particular, siendo importante la regla siguiente: «Extenderán y formalizarán (los Escribanos) en sus manuales los testamentos nuncupativos desde luego que se hayan otorgado, sin esperar la muerte del testador; y á los testigos se les hará saber la voluntad de éste segun la naturaleza del testamento nuncupativo. En el testamento cerrado, en el acto de la entrega que de él hace el testador al Escribano, firmarán los dos testigos instrumentales de ella sobre la cubierta del expresado testamento.» — En aclaracion de dichas Ordenanzas se publicó el Real acuerdo de 23 de Octubre del mismo año, por el que, entre otras cosas, se mandó que los Escribanos de los Colegios de Barcelona estipulasen con dos testigos instrumentales los testamentos nuncupativos y la entrega de los cerrados ó *in scriptis*.

La Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862 y el Reglamento vigente de 9 de Noviembre de 1874, no han prescrito formalidad alguna especial para la otorgacion de los testamentos, declarándose, por el contrario, en aquella (art. 29) que: «Lo dispuesto en los artículos que preceden relativamente á la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos y á la capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, *en las cuales regirá la ley ó leyes especiales del caso.*»

Subsisten, pues, en este punto las escasas y poco explícitas disposiciones que ántes hemos recordado, las cuales deberán completarse, en cuanto á ellas no se opongan, con las establecidas por el derecho romano.

§ 543. **Testamento nuncupativo ó abierto.**— En este testamento debe el testador declarar de un modo inteligible y claro su entera voluntad acerca de todas las disposiciones que tenga por con-

veniente dictar, verificando la declaracion en presencia (1) del notario y de dos testigos, llamados y rogados especialmente para dicho acto (2), el cual debe concluirse observando la unidad de contexto *(uno contextu)*, esto es, *uno eodemque die et tempore* (3) y sin interposicion de otro negocio extraño. Con arreglo á las citadas Ordenanzas de 1755, el notario debe formalizar el testamento luego de otorgado, sin esperar la muerte del testador, el cual lo firmará junto con aquel y los testigos, ó bien uno de éstos en su nombre si el testador no sabe firmar.

§ 544. **Testamento escrito ó cerrado.**—Este testamento, que es el que el testador entrega cerrado al notario, exige para su validez que sobre su cubierta ó carpeta se extienda la diligencia de entrega expresiva del nombre y apellido del testador, y comunmente de la cláusula revocatoria, cuya diligencia firmará el notario junto con el testador y los dos testigos instrumentales, ó uno de ellos si el testador no sabe firmar. Tambien es necesario en este testamento que se observe la unidad de acto *(uno contextu)*, y que los testigos sean especialmente rogados (4). En cuanto al contenido de la disposicion, no es necesario que sea el testador quien lo haya escrito (5), bastando que declare ante el notario y los dos testigos que aquel es su testamento.

Respecto á la apertura y publicacion de los testamentos cerrados en Cataluña, era general práctica, antes de la promulgacion de la Ley de Enjuiciamiento civil, verificarlas extrajudicialmente por el notario que los tenia en su poder y á presencia de dos testigos, siempre que para ello fuese requerido por cualquier interesado. Publicada dicha Ley, se suscitó la duda de si eran aplicables á tales testamentos, dada su especial naturaleza segun el derecho catalan, las formalidades preceptuadas por aquella en el Título 12 de su segunda parte, que trata de la apertura de los testamentos cerrados. Diversas razones, no destituidas por cierto de fundamento (6), contribuian á justificar la duda y áun á inclinar la opinion general á una solucion en sentido negativo; pero planteada la cuestion en el terreno oficial en virtud de la consulta elevada al Ministerio por el Colegio de Notarios de Gerona, reca-

---

(1) Leyes 9, 12, 21 y 28, Cod. *De test.* etc., VI, 23.

(2) Ya hemos dicho que en Barcelona no es necesaria esta formalidad.—Véase Ley 21, § 2.°, Dig. *Qui test. fac.*, XXVIII, 1.

(3) Ley 21, Cod. *De test.* etc. VI, 23.— Esto no quiere decir que un testamento no pueda empezarse, por ejemplo, por la noche y acabarse en la madrugada. Lo que la Ley quiere es que, empezado el testamento, no se suspenda y difiera para otro dia *(nihilque ejus in diem alterum differatur)*. Tampoco será causa de nulidad la interrupcion momentánea debida á necesidades corporales del testador ó de los testigos.

(4) Excepto, como se ha dicho, en Barcelona, donde no se requiere la rogacion.

(5) Ley 21, Cod. *De test.* etc., VI, 23.

(6) El Sr. Falguera, en una nota á la *Teórica del arte de notaría* de Gibert, expone estas razones con bastante extension y suma lucidez.

yó sobre ella la Real Orden de 17 de Diciembre de 1856, que copiamos al pié (1), por la que se dispuso la puntual observacion de las citadas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil; cuya soberana resolucion no ha sido hasta ahora revocada ni, á pesar de nuevas gestiones, se ha obtenido declaracion en sentido contrario.

§ 545. **Testamento autorizado por el Párroco.**—En Cataluña se hallan facultados los curas-párrocos y sus tenientes para autorizar las disposiciones *mortis causa* otorgadas en su respectiva feligresía no habiendo en ella notario público.

La validez de estos testamentos está reconocida por una notable disposicion de las Decretales (Cap. 10, *De testamentis*, III, 26), por la que se declara que no puede rescindirse el testamento otorgado ante el párroco respectivo y tres ó dos testigos, disposicion que, si bien no puede invocarse como reguladora de las formalidades de los testamentos ordinarios (2), es fundamental en esta forma subsidiaria de testar, conforme lo consignó explícitamente el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Octubre de 1861 (3).

En apoyo de la práctica, ya de antiguo establecida á la sombra de la citada disposicion canónica, vino la Real provision de 29 de Noviembre de 1736, por la cual, si bien se limitaron las facultades de los párrocos y notarios meramente apostólicos en lo relativo á su intervencion en actos y contratos entre legos y en cosas pertenecientes á la jurisdiccion real, se estableció para lo futuro que los curas, rectores ó sus tenientes pudiesen autorizar testamentos ó últimas voluntades, cada uno en su distrito, territorio ó feligresía, no habiendo en ella Escribano real ó numerario y siendo en el papel sellado que corresponda (4).

---

(1) Ministerio de Gracia y Justicia.—Enterada la Reina (Q. D. G.) de la consulta elevada á este Ministerio en 23 de Setiembre último por ese Tribunal Supremo, relativa á la solicitud de los notarios de Gerona, dirigida al mismo por la Audiencia de Barcelona, sobre la observancia de la práctica admitida en aquel Colegio en cuanto á la apertura de los testamentos cerrados, ha tenido á bien resolver S. M., de acuerdo con la opinion de ese expresado Tribunal, que se observe y cumpla puntualmente por los notarios de Gerona lo dispuesto en el Título 12 de la segunda Parte de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuya soberana resolucion ha sido comunicada á la Audiencia de Barcelona por Real órden de esta fecha. De la misma Real órden lo digo á V. E. para su conocimiento, el del Tribunal y fines oportunos.—Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 17 de Diciembre de 1856.—Manuel de Seijas Lozano.—Señor Presidente del Tribunal Supremo de Justicia.

(2) Véase en este sentido Engel, *Colleg. univ. per can.*, Lib. III, Tít. 26, N.º 11.

(3) En este fallo se declaró, además, que segun el derecho vigente en Cataluña es requisito necesario en materia de testamentos la unidad de contexto.

(4) Pueden verse en la obra del Sr. Vives, Nota 1.ª al Tít. 1.º, Lib. VI de las *Constituciones de Cataluña* las dudas y cuestiones á que dió lugar esta disposicion con motivo de las prácticas observadas por los párrocos en la recepcion de los testamentos.

Al publicarse la Ley de Enjuiciamiento civil nació la duda de si debian entenderse derogadas por el Tít. 11 de la 2.ª parte de dicha Ley, que trata del modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra, las disposiciones particulares de nuestro derecho relativas á los testamentos autorizados por los párrocos; y esta duda fué mayor aun al aparecer la Ley sobre el Notariado de 28 de Mayo de 1862, en cuyo artículo 1.º se establece que el notario es el funcionario público autorizado para dar fé conforme á las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales. Hecha la consulta por la Audiencia de Barcelona al Gobierno, oyóse al Fiscal del Tribunal Supremo, quien opinó, en cuanto á la cuestion del valor sustancial del testamento, que se hallaba salvado por la Ley del Notariado el derecho constituido preexistente sobre las solemnidades externas del testamento, formando parte de ese derecho el que en Cataluña habilita las últimas disposiciones autorizadas por el párroco. La Direccion general del Registro de la Propiedad emitió dictámen en el sentido tambien de considerar válidos estos testamentos, añadiendo, no obstante, que publicada la Ley del Notariado y en vista de lo dispuesto en sus artículos 1.º y 48 no podia continuar reputándose á los párrocos, aun en lo relativo á los testamentos, como revestidos de la fé pública que dicha Ley confiere sólo á los notarios, y que por consiguiente los testamentos otorgados ante el párroco y los dos testigos debian considerarse en adelante como los otorgados en los pueblos regidos por la legislacion de Castilla con las solemnidades de derecho, pero sin intervencion de Escribano, elevándose á escritura pública en la forma que determinan las leyes. Finalmente se resolvió la duda por Real órden de 15 de Diciembre de 1863 (1), declarando sub-

(1) He aquí el contexto de esta notable disposicion: «He dado cuenta á la Reina (Q. D. G.) de la comunicacion de la Sala de Gobierno de la Audiencia de Barcelona de 5 de Setiembre de 1862, elevada á este Ministerio por conducto del Tribunal Supremo de Justicia, consultando si debe ó no considerarse derogado por la Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862 el privilegio sancionado en la Real provision de 29 de Noviembre de 1736, en cuya virtud los curas, rectores ó sus tenientes en el antiguo Principado de Cataluña pueden otorgar testamentos ó últimas voluntades, cada uno en su distrito ó feligresía, no habiendo en ella Escribano real ó numerario. En su vista: Considerando que el derecho ó privilegio foral de que se trata se halla fuera del alcance de la citada Ley, porque limitada ésta á determinar las funciones propias del Notario, á establecer el régimen y organizacion del ejercicio notarial no es aplicable á aquellos actos que, como el presente, pueden celebrarse válidamente con arreglo á la legislacion especial de Cataluña, sin la intervencion de aquel funcionario: Considerando que la testamentifaccion, tanto respecto del derecho como respecto del modo, inseparable de aquel, es de la competencia exclusiva de la Ley civil, por lo cual, cualesquiera que sean las razones que pudieran alegarse en contra de la conveniencia de la conservacion del privilegio de que se trata, nunca habria lugar á tomarlas en consideracion sino al reformarse debidamente esa parte del derecho: Considerando que esto se halla confirmado por el art. 29 de la Ley del Notariado cuando declara que las formalidades que deja prescritas en los anteriores artículos no son extensivas á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en

sistente el privilegio sancionado en la Real provision de 29 de Noviembre de 1736 para los casos que en la misma se determinan.

La validez de semejantes testamentos ha sido además reconocida en varias sentencias del Tribunal Supremo, de las que mencionaremos las que contienen declaraciones más importantes. La de 28 de Enero de 1861 admite la eficacia de esta forma de testar, con tal que concurran al otorgamiento dos testigos capaces é idóneos.— La de 8 de Enero de 1866 confirma la necesidad de este requisito, por falta del cual estimó como nula la disposicion á que el pleito se referia, pues uno sólo de los testigos declaró haber visto que el testador entregaba al párroco un papel diciendo ser su última voluntad.—La de 23 de Noviembre de 1867 reconoce que la facultad otorgada á los párrocos se entiende subordinada á la nó existencia de escribano en el distrito ó feligresía. —La de 29 de Diciembre de 1870 declara que la Real Provision de 1736, si bien previene que estos testamentos deben extenderse en el papel sellado correspondiente, no determina que sean nulos por falta de este requisito.—Por último, la de 28 de Diciembre de 1872 funda la validez del testamento á que se refiere en que resulta extendido en papel sellado, otorgado ante el cura ecónomo de la feligresía en que tuvo lugar, que lo autorizó con asistencia de dos testigos rogados por el testador, de los cuales uno firmó á ruego de éste porque no podia hacerlo.

§ 546. **Disposiciones relativas á la protocolizacion de los testamentos.**—El Artículo 34 de la Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862 dispone que los notarios llevarán un libro reservado en que insertarán, con la numeracion correspondiente, copia de la carpeta de los testamentos y codicilos cerrados cuyo otorgamiento hubieren autorizado, y los protocolos de los testamentos y codicilos abiertos, cuando los testadores lo solicitaren; y remitirán un índice reservado tambien al Regente de la Audiencia, por conducto del Juez de primera instancia, en los términos establecidos en el artículo anterior (1), no siendo necesario que haya un libro para cada año. Segun el Art. 59 del Reglamento vigente de 9 de Noviembre de 1874, este protocolo se

---

las cuales ha de regir la ley ó leyes especiales del caso; Oido el Consejo de Estado en pleno, de conformidad con su dictámen y en virtud de lo prevenido en la disposicion 10 de los transitorios de la espresada Ley del Notariado, S. M. se ha servido declarar subsistente el privilegio sancionado en Real Provision de 29 de Noviembre de 1736 para los casos que en la misma se determinan.»

(1) Este artículo, ó sea el 33, dice: «Los notarios remitirán por conducto del Juez de primera instancia del partido al Regente de la Audiencia, en los ocho primeros dias del mes, índices de las escrituras matrices otorgadas en el anterior, expresando los números ordinales de estas en el protocolo. En los índices se expresará, respecto de cada instrumento, el nombre de los otorgantes, el de los testigos instrumentales, el de los testigos de conocimiento en su caso, la fecha del otorgamiento y el objeto del acto ó contrato.»

encuadernará al final del año en que se haya autorizado el núm. 100, y se le designará en el rótulo como «Protocolo reservado testamentario».

SECCION 2.ª

FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS EXCEPCIONALES.

§ 547. Testamento sacramental.—Llámase así por el juramento *(sacramentum)* con que lo adveran los testigos presenciales del mismo, y constituye una forma privilegiada de testar (1) de que sólo pueden usar los ciudadanos y habitantes de Barcelona, en favor de los cuales está establecido como otro de los contenidos en el *Recognoverunt proceres*, (Tít. 13, Lib. 1, Vol. 2.° de las Constituciones de Cataluña) siendo de advertir: 1.° que, por lo mismo que es un privilegio meramente personal en favor de aquellos, no es extensivo á los habitantes del *huerto* y *viñedo*; y 2.° que podrán utilizar dicho privilegio los habitantes de las localidades á que se hizo extensivo el *Recognoverunt proceres* (2). Esta forma de testar está tambien en uso en Gerona y su diócesis (3).

Las formalidades del testamento sacramental están consignadas en el Capítulo 48 del citado *Recognoverunt procéres*, que dice así: «(4) Item es »costumbre que si alguno hiciere testamento ó su última voluntad,

(1) Tiene sus precedentes en la legislacion goda, como puede verse en las Leyes 12, Tít. 5.°, Lib. 2.° y 1.ª, Tít. 7.°, Lib. 5.° del Fuero Juzgo.

(2) Segun se dijo en la Introduccion histórica, estas localidades son las villas de Granollers del Vallés, Igualada, Moyá, Cardedeu, distrito de las Franquesas del Vallés, y del Maresma, Vilamajor, las parroquias del Fon, de Santa Susana y de Gallechs y las Bailías de Parets y de Mollet, el Veguero de Villafranca del Panadés, Universidad de Villanueva y castillos de Cubelles y la Geltrú.

(3) Pero no por tener comunicados los usos y privilegios de la ciudad de Barcelona, sino en fuerza de una consuetud escrita particular de dicha diócesis, que dice así: *Item servatur de consuetudine, quod si quis coram testibus testamentum vel ultimam suam voluntatem nuncupaverit, quod recipiuntur et examinantur testes vocatis vocandis, quorum interest per Judicem et recepto juramento, a testibus in aliqua Ecclesia super altare consecrato, tales testium depositiones rediguntur per notarium in publicam formam et eidem ex decreto Judicis attribuitur fides et vocatur testamentum sacramentale.* — Fontanella, *Decision* 578, Ns. 22 y siguientes.

(4) *Item est consuetudo quod si aliquis fecerit testamentum præsentibus testibus, in terra vel in mari, ubicumque sit, in scriptis vel sine scriptis, seu ultimam voluntatem, etiam aliquo notario non præsente in ipsa voluntate verbo tenus dicta, vel scripta quod valeat ipsa ultima voluntas, sive testamentum, dum testes qui interfuerunt ipsi ultimæ voluntati, vel testamento, infra sex menses ex quo fuerint in Barchinona jurent in Ecclesia Sancti Justi, super altare Sancti Felicis Martiris, præsente notario qui tale testamentum confecit et aliis personis, quod ipsi testes ita viderunt vel audierunt scribi, seu dici, sicut in illa scriptura continetur, sive in ultima voluntate, verbo tenus ab ipso testatore dicta, et quod tale testamentum vocatur sacramentale.*

»presentes testigos, en la tierra ó en el mar, en cualquier parte que »sea en escritos ó sin escritos, aunque no estuviera presente notario »alguno en la dicha voluntad manifestada verbalmente ó en escritos, »que valga la dicha última voluntad ó testamento, mientras que los tes»tigos que intervinieron en la misma última voluntad ó testamento »dentro de seis meses que estuvieren en Barcelona juren en la iglesia »de San Justo, sobre el altar de San Félix Martir (1), presente el notario »que autoriza tal testamento y otras personas, que los mismos testigos »así lo vieron ú oyeron escribir ó decir, como se contiene en dicha »escritura ó última voluntad verbalmente explicada por el testador, y »que este testamento se llama sacramental.»

Del contexto de este privilegio se deduce: 1.° Que esta forma de testar es aplicable no sólo á los testamentos, sino á los codicilos ó cualquier otra especie de última voluntad. 2.° Que la disposicion hecha de esta suerte, tendrá en todo caso el carácter de *abierta* ó *nuncupativa* (2). 3.° Que bastan dos testigos idóneos para adverar la manifestacion del testador. 4.° Que no es necesario que estos testigos sean rogados ni siquiera convocados (3). Y 5.° Que el ciudadano de Barcelona puede usar de esta forma de testar, tanto estando fuera de esta ciudad como dentro de ella *(ubicumque sit)*.

Para hacer constar en forma de testamento sacramental la manifestacion de la última voluntad, en conformidad á la disposicion catalana de que tratamos, se instruye en el Juzgado de primera instancia, á peticion de parte legítima, un expediente de jurisdiccion voluntaria, que empieza mediante la presentacion del oportuno escrito y de la fé de defuncion de la persona de que se trate. En su vista el Juez manda expedir edictos citando y llamando á todas las personas que se creyeren con derecho á la herencia, ó quisieren presenciar el juramento de los testigos, para que comparezcan en el altar de Santa Cruz de la iglesia de San Justo en el dia y hora al efecto señalados en los mismos edictos, que se publican eu el *Boletin oficial* y *Diario de avisos*, y se fijan en los sitios públicos de la localidad. Llegado el dia señalado, y en presencia del Juez, escribano y demás personas interesadas, se recibe el juramento á los testigos y se consignan sus declaraciones acerca de la manifestacion de la última voluntad del testador; y en el caso de ser estas contestes y de revestir la adveracion todas las circunstancias exigidas por el derecho, el Juez, oido el Ministerio fiscal, dicta auto fundado elevando á testamento sacramental la referida última voluntad y

(1) Hoy de Santa Cruz.

(2) Cancer. *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4.°, N.° 72.—Fontanella, *Decision* 576, Número 7.—Comes, *Tratado teórico-práctico de notaría*, (trad. libre), Part. 3.ª, Cap. 14.—Gibert, *Teórica*, etc., Part. 2.ª, Cap. 1.°, Tit. 1.°

(3) Cancer. *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4.°, N.° 74.—Fontanella, *Decision* 576, N.° 26, y *Decision* 578, N.° 8.

mandando protocolizarla en poder del notario que designa, disponiendo que á este fin se le pase el expediente luego que dicho auto sea ejecutorio; cuya protocolizacion verifica el notario al ser requerido para ello.

Es condicion indispensable, para que pueda elevarse á testamento sacramental la disposicion del testador, que conste por las declaraciones de los testigos que éste tenia ánimo y propósito serio de testar (*enixa voluntas testatoris*) y que no hablaba por chanza, adulacion ú otro motivo análogo (1). Segun Fontanella (2) no se presumirá, en caso de duda, el propósito serio de testar cuando el testador no estaba enfermo de gravedad ni amenazado de peligro alguno inminente. Cancer (3) dice que tampoco se presumirá cuando habiendo otorgado anteriormente testamento en forma ordinaria no lo habia revocado, á pesar de haber tenido ocasion de poder verificarlo. El primero de los citados autores cree además muy acertadamente (4) que no pueden servir de base á un testamento sacramental las palabras que una persona hubiese pronunciado al ser instada para disponer de sus bienes, diciendo que ya tenia otorgado testamento en tal ó cual forma y luego apareciese que semejante testamento no se habia otorgado ó no se comprobase su existencia.

En el caso de que el testador hubiese declarado su voluntad y luego habiendo mandado llamar al notario falleciese ántes de que éste llegase á tiempo de autorizar su testamento, se duda si las palabras que aquel pronunció respecto á la disposicion de sus bienes pueden ó no sostenerse como testamento sacramental. Esta dificultad sólo puede resolverse atendiendo á si el testador hacia ó no depender de la presencia del notario la validez y fuerza de su disposicion, pues en el primer caso el testamento será imperfecto *ratione voluntatis* y por lo mismo no podrá subsistir, al paso que en el segundo queda imperfecto solo *ratione solemnitatis*, y por lo tanto podrá sostenerse como testamento sacramental (5).

Incumbe al Juez apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, sin que baste á desvirtuarlas una pequeña discrepancia en la materialidad de las palabras, con tal que estén contestes en lo sustancial de la disposicion; es decir, que no es necesario que estén contestes *in verborum figura et cortice,* sino en cuanto *tendunt ad unum finem et effectum circa ultimam voluntatem testamentariam* (6).

---

(1) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1, Cap. 4, Núm. 75.

(2) *Decision* 578 Num. 9.

(3) *Var. resol.*, Part. 1, Cap. 4, Ns. 80, 81 y 82.

(4) *Decision* 577, Ns. 11 y 12.

(5) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4, Ns. 93 y siguientes.

(6) Así se declaró en una sentencia que cita Fontanella (*Decision* 580, N.º 17), en la cual además se dice, con referencia al testador: *Constat..... dicta verba protulisse et dixisse animo et proposito deliberato faciendi suum testamentum, seu ultimam voluntatem præsertim quia pluries et geminate dicta protulit verba dispositiva et testamentaria. Ex quibus clarè patefit et comprehenditur enixa voluntas testatoris.*

Varias sentencias del Tribunal Supremo han venido á reconocer esta forma privilegiada de testar, y á confirmar en algunos puntos la doctrina que acerca de ella llevamos expuesta.—La de 18 de Marzo de 1864 declara que para utilizar este privilegio es necesario que el que haga uso de él exprese con palabras claras y precisas, que no dejen lugar á interpretaciones ni dudas, en presencia de testigos su última voluntad y ánimo deliberado de testar.—La de 18 de Junio del mismo año reproduce las palabras del privilegio y confirma la declaracion de la Sala de la Audiencia de Barcelona de no haber lugar á declarar la validez de una manifestacion adverada *de oidas* por un sólo testigo, desestimando la aseveracion de otro que declaraba *de puro concepto* por lo que vió y oyó á la persona á quien el testador habia manifestado su voluntad.—La de 21 de Febrero de 1870 consigna que en el caso del pleito á que se refiere no están contestes en sus declaraciones los tres testigos examinados que con otros se dice fueron presenciales al acto de proferir la supuesta testadora las palabras que se le atribuyen; y que faltando acerca de ella la absoluta conformidad necesaria, no pueden constituir la última voluntad de la difunta.—La de 26 de Junio de 1877 declaró que es indispensable que los testigos juren sobre el altar en la forma que dispone el citado Capítulo 48 del *Recognoverunt*, formalidad que *como tal y única* no puede suplirse ni prescindirse de ella: y que, habiendo *un solo testigo* cumplido, en el caso á que se refiere, con esta solemnidad, la Sala sentenciadora aplicó rectamente dicho Capítulo al denegar la declaracion de testamento sacramental á la manifestacion que en el pleito se aludía.—Por último, la de 15 de Junio de 1878 confirmó la declaracion de validez de un testamento sacramental hecha por la Sala por no demostrarse que ésta hubiese quebrantado regla alguna de sana crítica al apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

§ 548. **Testamento militar.**—Es el que pueden otorgar las personas que gozan del fuero militar ó de guerra. En él no se exige formalidad de ninguna clase, bastando, tanto si testan por escrito como nuncupativamente, que conste de cualquier modo la última voluntad del testador (1).

Las disposiciones del derecho romano, fundamentalmente vigentes aun en este punto, han sido en parte modificadas por las que pasamos á recordar.

Por las Ordenanzas militares (Tratado 8.°, Tít. 11, arts. 1 al 4), se dispuso que todo individuo que gozase del fuero militar lo goce tambien tocante á testamentos en cualquiera parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña; que en el conflicto de un combate ó al empezarle,

(1) Inst. *De milit. test.* II, 11.—Dig. *De test. milit.* XXIX, 1.—Cod. *Eodem*, VI, 21.

en naufragio ú otro inminente peligro militar puede testar como quisiere ó pudiere, por escrito, sin testigos, en cuyo caso valdrá la declacion de su voluntad como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes; que sea válida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquiera papel que la haya hecho, sea en guarnicion, cuartel ó marcha, y que siempre que pueda testar en paraje que haya escribano lo haga con este, segun costumbre.—Explicando estas últimas palabras, se declaró por Real Cédula de 14 de Octubre de 1778 (Ley 8, Tít. 18, Lib. 10, Nov. Rec.) que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo por ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo.—Más explícita aun la Real órden de 17 de Enero de 1835, dispuso con respecto á estos testamentos que es árbitro el testador, no sólo en campaña, guarnicion, cuartel ó marcha, sino tambien en donde quiera que se halle y cualquiera que sea el estado de su edad, de su salud, con peligro ó sin él, de preferir el modo de manifestar su voluntad en la forma civil ó en la militar, sin sujecion á los reglamentos locales, por no deber mediar exigencia en el modo de testar.

Resulta de lo dicho que el privilegio de que tratamos alcanza actualmente no sólo á los militares sino á todos los que gozan del fuero de guerra por razon de sus empleos ó destinos, y que tales personas pueden hacer testamento de palabra ante dos testigos ó por escrito en papel simple firmado de su mano ó de otro cualquier modo, sea en tiempo de paz ó de guerra.

Se ha pretendido que hoy, en virtud del decreto sobre unificacion de fueros de 6 de Diciembre de 1868, los militares retirados han perdido el fuero de guerra, y que por consiguiente el privilegio de que tratamos sólo aprovechará á los que estén en activo servicio. Creemos que es falsa esta interpretacion dada al mencionado decreto, el cual al declarar en su Art. 1.° que la jurisdiccion ordinaria seria en adelante la única competente para conocer, entre otros, de los negocios comunes civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina de todas clases retirados del servicio, no hizo otra cosa que fijar la jurisdiccion ante la cual debian llevarse estos asuntos, pero no alteró las demás prerogativas anejas al fuero de guerra, ni ménos declaró que dejaran de competer éstas á los retirados del servicio, á quienes precisamente califica de aforados, sin hacer declaracion alguna acerca del alcance de sus fueros, que deberán por lo mismo regularse por las leyes y disposiciones referentes al fuero de guerra en general.

Es de suma importancia, en lo que se refiere á los efectos del testamento militar en cuanto á la inscripcion, la doctrina consignada en la resolucion de la Direccion general de los Registros civil y de la Pro-

piedad y del Notariado de 30 de Mayo de 1877, por la cual se declaró que, si bien un testamento otorgado por un militar y consignado en un papel simple firmado de su mano con arreglo á lo dispuesto en la Ley Recopilada constituye por esta razon un documento privado no susceptible de inscripcion, adquiere el carácter de documento auténtico desde el momento en que la autoridad judicial, prévias las diligencias que ha estimado oportunas para probar que ha sido escrito y firmado por el testador, ha reconocido implícitamente su legitimidad mandando se protocolice en el Registro de un notario público; y en su virtud, la citada Direccion general, desestimando la negativa del registrador, que la fundaba en que el procedimiento adecuado para la autenticidad de dicho testamento era el establecido en el Título XI, parte 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento civil, confirmó la sentencia dictada por el Presidente de la Audiencia, que de conformidad con el Juez de primera instancia declaró procedente la inscripcion, fundado en que el único medio legal para probar la autenticidad del testamento en cuestion era el establecido en el Título VII de dicha 2.ª parte de la Ley de Enjuiciamiento, relativo á las informaciones para perpétua memoria, que se habia observado en el caso á que el recurso se refiere.

§ 549. Testamento « inter liberos ». — El testamento otorgado por el ascendiente á favor de sus descendientes, sin concurso de personas extrañas, goza tambien de grandes privilegios, ora se consigne en escrito, ora verbalmente. En el primer caso basta que el testador haga constar su voluntad en un documento en el cual escriba de su puño la fecha del testamento, los nombres de los instituidos y las partes que señala á cada uno expresándolo en letras y nó en cifras ó guarismos (1). En el segundo caso basta que concurran dos testigos rogados y llamados por el testador (2).

No está determinado el procedimiento que debe seguirse actualmente para adverar esas manifestaciones de la voluntad del testador; pero creemos que, por razon de analogía, puede tenerse presente, en cuanto al testamento del padre consignado *in scriptis*, la doctrina sentada por la Direccion general del Registro respecto al testamento militar escrito en la resolucion de 30 de Mayo de 1877, de qué hemos hablado en el párrafo anterior.

Importa recordar tambien los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1860, en que, con referencia á un testamento ológrafo ó sea otorgado por escrito con arreglo á la Novela 107 de Justiniano, vigente en Cataluña, se declaró la validez de aquel por reunir los requisitos que exige la citada Novela, añadiendo

---

(1) Novela 107, Cap. 1

(2) Ley 7, Tít. 1, Part. VI, citada por Vives.

que no basta á desvirtuarlo la circunstancia de no haberse verificado su entrega á un escribano, segun indicó el testador que lo haria, por no ser esa diligencia condicion necesaria; y que «no altera su naturaleza de privilegiado el hecho de aparecer como heredera la esposa del testador, porque la obligacion que se le impuso de disponer de los bienes de la herencia á favor de la hija y de los demás hijos que tuviese, la constituyó únicamente en heredera de confianza, institucion practicada en Cataluña que no da á los así instituidos derecho alguno en perjuicio de los hijos.» Confirmando esta misma doctrina declaró el propio Tribunal, en sentencia de 11 de Octubre de 1869, que «la falta de institucion directa de los hijos del testador, ni la de no señalarles la porcion hereditaria en que los instituye ni el instituir á una persona extraña, son causas para quitar á un testamento la cualidad de *inter liberos*, porque la ley no exige esa institucion en primer grado á favor de los hijos, y la obligacion impuesta por el testador al cónyuge sobreviviente de disponer de sus bienes en favor de los hijos que de su matrimonio tuvieren le constituye en la clase de herederos de confianza y llena los requisitos exigidos en la citada Novela 107, y en especial el de que los hijos sean herederos.»

De la revocacion de los testamentos *inter liberos*, nos ocuparemos al tratar de los modos de perder su fuerza las últimas voluntades.

§ 550. **Testamento hecho en tiempo de peste.** — Este testamento está dispensado del requisito de la unidad de acto en cuanto á la intervencion de los testigos, los cuales pueden concurrir y firmar en horas y aun en dias diferentes (1).

En cuanto al testamento otorgado en el campo, es opinion comunmente admitida que en la actualidad no goza de ningun privilegio, y que deberá por consiguiente otorgarse ante el notario, ó párroco en su defecto, y dos testigos.

§ 551. **Testamento del ciego.** — Este testamento exige para su validez la intervencion de siete testigos y el notario (2), ante los cuales debe el testador declarar su última voluntad, ya sea presentando un escrito, del cual aquel deberá dar lectura, ya sea oralmente, en cuyo caso el propio notario lo reducirá inmediatamente á escritura conforme está prevenido para los testamentos comunes, conservando por consiguiente siempre el carácter de testamento *nuncupativo* que debe revestir por razon del defecto físico de la persona que lo otorga (3).

---

(1) Ley 8 Cod. *De testam.*, VI, 23.

(2) Este funcionario reemplaza al *tabularius* ó al octavo testigo que, en su defecto, exigia el derecho romano.

(3) Tristany, *Decis.* 45, donde explica extensamente este testamento.

Estas formalidades son las mismas del derecho romano (1), con la ligera variante antes notada; y los autores (2) de derecho catalan están conformes en la necesidad de su estricta observancia, por no existir en el derecho especial de Cataluña disposicion alguna que haya venido á derogarlas ó modificarlas. No obstante, segun Comes (3) cuando el ciego otorga testamento *inter liberos*, no debe observar las formalidades indicadas, sino que basta que concurran las que la Ley establece para dicho testamento.

CAPITULO 4.°

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

SECCION 1.ª

IMPORTANCIA DE ESTA CLÁUSULA; SUS REQUISITOS.

§ 552. **Es esencial en los testamentos de Cataluña.** — Con arreglo á las disposiciones romanas, que constituyen casi exclusivamente nuestro derecho en esta materia, es esencial en todo testamento la cláusula de institucion de heredero, de suerte que faltando ella ó invalidándose despues de hecha, no vale como testamento la última voluntad, ni pueden, por punto general, sostenerse las disposiciones particulares que contenga (4).

Algun autor (5) ha pretendido que de esta regla se exceptúan los testamentos otorgados por los ciudadanos de Barcelona, en virtud del privilegio concedido por Pedro III en 1339 (Único del Título 1.°, Lib. VI, Vol. 2.° de las Constituciones); pero examinado detenidamente el contexto de dicha disposicion (6), se observa que léjos de relevar á tales

---

(1) Ley 8.ª, Cod. *Qui test. fac. poss*, VI, 22.— § 4, Inst. *Eodem*, III, 11.

(2) Comes, *Viridarium*, etc.— Gibert, *Theorica artis not.*—Vives, Nota 1.ª al Título 1.°, Lib. VI, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña* — La necesidad de dichas formalidades, fué tambien reconocida en sentencia de 21 de Mayo de 1845.

(3) Obra citada, Nota al formulario del testamento del ciego.

(4) § 34, Inst. *De legatis*, II, 20.— § 2, Inst. *De fideic. hered.* II, 23, — Ley 1, § 3, Dig. *De hered. inst.* XXVIII, 5.

(5) Vives, Nota 1.ª al Tít. 1.°, Lib. 6, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña*.

(6) Que traducida dice así: «Reflexionando que por la insuficiencia ó ignorancia de »algunos notarios pueden fácilmente viciarse y aun anularse muchos testamentos »por las razones que se mencionarán, lo que no solo redundaria en perjuicio de los »testadores sino tambien de muchas otras personas, por esto, como interese á la

testamentos de la necesidad de la cláusula de la institucion de heredero, la presupone y aun prescribe al declarar que no se anule el testamento por razon de las informalidades internas y externas que indica « mientras que el testador ú otro cualquiera que dispusiere cualquiera « última voluntad tuviese facultad de hacer testamento é instituyere » herederos capaces » (1). Cierto es que al final de dicho privilegio se dice que se sostendrán las disposiciones particulares, aunque el heredero escrito no admita la herencia ó admitida la repudie, ó bien por cualquier otro modo falte el heredero desde el principio ó despues; mas estas palabras, puestas á continuacion de las que hemos trascrito, sólo pueden significar que el testamento que, segun derecho comun sería *destituido* por no llegar á ser heredero el nombrado, se sostendrá no obstante en cuanto á las disposiciones particulares que contenga, pues ni directa ni indirectamente se halla en el privilegio del caso en que haya dejado de consignarse la institucion de heredero, omision que, segun derecho romano, es causa de nulidad en todo testamento otorgado con el carácter de tal.

§ 553. **Requisitos de la institucion.**—La institucion debe hacerse segun las reglas generales de derecho romano, esto es, con voluntad cierta, libre y consciente, y en una forma clara que permita determinar la persona del instituido; siendo nula la que contiene ele-

---

» causa pública obviar con una Real Pragmática los indicados perjuicios y en virtud » de la presente nuestra carta que ha de valer perpétuamente, y á humilde ruego de » los concelleres y prohombres de la ciudad de Barcelona, concedemos, establecemos y ordenamos, que mientras que el testador ú otro cualquiera que dispusiere » cualquiera última voluntad tuviese facultad de hacer testamento é instituyese herederos, tal testamento ú otra cualquiera última voluntad, de cualquiera que fuese, » no sea ni se pueda decir nulo ó nula, ó pueda anularse, áun cuando las personas » que, segun derecho comun, deben instituirse ó desheredarse sean preteridos ó » desheredados, ó no se haga mencion alguna de póstumo ó póstumos, y tambien » aunque en todo el testamento ú otra última voluntad ó alguna parte de ellas, se » hubiese omitido alguna solemnidad de derecho de las que en ello se requieren, » mientras que en el mismo testamento ó última voluntad hubiere dos ó más testigos, aunque no fuesen rogados, y el mismo testamento ú otra cualquiera última » voluntad fuese puesto ó puesta en pública forma. A las personas, empero, que deben instituirse ó de que debe hacerse mencion les queda á salvo el derecho sobre » la legítima, á no ser que fuesen justamente preteridos y tambien desheredados. » Tambien establecemos y ordenamos que aunque el heredero escrito no admita la » herencia, ó admitida la repudie, ó bien por cualquier otro modo y manera falte el » heredero universal del mismo difunto desde el principio ó despues, ó en un intérvalo, sin embargo, siempre que el testador ú otro que dispone de su última voluntad pudiese hacer testamento, valgan los fideicomisos y las demás cosas dispuestas en testamento ó cualquiera otra última voluntad por un testador apto de disponer, mientras que los legados y fideicomisos ú otra cualquiera última disposicion » sean hechos á sujetos capaces de ellos.»

(1) La misma opinion sustenta el Sr. Falguera en una de las notas á la *Teórica* de Gibert.

mentos contradictorios é incompatibles (ambigua), la que el testador hace bajo la condicion de que él mismo ó una persona designada por él será nombrado heredero por el instituido (captatoria) y aquella en que el instituido es designado con un epíteto injurioso.

§ 554. Eleccion de heredero confiada por el marido á la mujer.—Aunque la institucion de heredero no puede ser confiada al arbitrio de una tercera persona, sino que debe ser una emanacion directa de la voluntad del testador (1), es lícito, no obstante, dejar á otra persona la eleccion de heredero entre los que el propio testador designa y en este sentido se sostiene la costumbre, tan frecuente en Cataluña, de conceder los maridos á sus consortes la eleccion de heredero ó herederos entre los hijos, en la forma y con las condiciones que estimen convenientes, añadiendo generalmente el testador que en el caso de que su consorte muera sin hacer tal eleccion, quiere que su herencia se defiera y distribuya en la forma que al efecto determina.

Semejante disposicion confiere á la mujer el derecho de elegir por heredero al hijo ó hijos que tenga por conveniente, sin necesidad de atenerse al órden que subsidiariamente estableció el marido, pues éste sólo dispuso dicho órden á prevencion y para el solo caso de que la mujer no haga uso de tal facultad, la cual, si debiera limitarse á aquel órden seria vana, supérflua y áun contraria á las razones que pudo tener presentes el testador al conferirla (2).

Tristany (3) considera como cierta y constante la opinion de que la mujer, como cualquier otro comisario, está obligada á seguir la voluntad de su difunto esposo, aunque le haya dado facultad de elegir entre sus hijos y de establecer los vínculos y condiciones que estimase convenientes, fundándose: 1.° en que el testador, por el hecho de disponer para el caso de no verificarlo la mujer, se entiende haber limitado la generalidad de la cláusula precedente en que habia consignado dicha facultad; y 2.° en que se presume que el testador quiere que su heredero ó comisario haga lo que él hubiera hecho, ó lo que expresó que debia hacerse en defecto de eleccion. Sin embargo, el mismo autor reconoce (4) que estos principios son inaplicables al caso en que la facultad de elegir se haya concedido no simplemente sino por palabras muy

---

(1) Ley 32, Dig. *De hered. inst.*, XXVIII, 5: *Illa institutio: «Quos Titius voluerit», ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est, nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendere.*— Este principio no debe entenderse derogado por el Cap. 13 de las Decretales, *De testamentis*, III, 26, cuyos comentarios pueden verse en Engel, *Colleg. jur. canon. univer*, Lib. III, Tit. 26, N.° 15.

(2) Fontanella, *Decision* 525, N.° 3.

(3) *Decision* 9.ª, Ns. 12 y siguientes.

(4) *Decision* citada, Ns. 21 y 24.

ámplias que envuelvan la concesion de una facultad libre, pues entónces se entiende concedido á la mujer el derecho de elegir al hijo ó hija que tenga por conveniente, sin necesidad de atenerse al órden subsidiariamente señalado por el testador; y añade que las palabras que indican aquel ámplio poder son: *como quisiere, segun fuere de su agrado, á su entera voluntad*, etc.

Gibert (1) adopta tambien la opinion de que la mujer debe seguir la voluntad indicada por su marido, pues así se presume que éste lo quiere á no ser que en el testamento se añada una frase que indique no ser rigurosa ó circunscrita la eleccion ó nombramiento designado.

En conformidad con estos principios declaró el Tribunal Supremo, en sentencia de **12** de diciembre de **1862**, que «es costumbre en Cataluña, admitida y sancionada por la jurisprudencia, conferir el marido á su mujer la facultad de elegir heredero universal entre los hijos comunes al que mejor le pareciese, en cuyo caso la mujer puede elegir el heredero libremente entre los hijos, siempre que no sea una simple facultad la conferida por el marido, sino que éste haya dejado la eleccion á la libre voluntad de aquella, usando de las palabras *segun le pareciere* ú otras semejantes.»—En otra sentencia de 22 de Octubre de 1864 se reconoció tambien la validez de estas disposiciones, con los efectos ántes señalados.

Lo dicho se aplicará al caso en que sea la mujer quien confiera al marido la expresada facultad, como á veces ocurre.

SECCION 2.ª

Capacidad de las personas instituidas.

§ 555. **Incapacidades caducadas.**—En este número se cuentan las que establecia el derecho romano respecto á los extranjeros, apóstatas y herejes, los reos de alta traicion y sus hijos, los condenados á muerte y las mujeres calificadas de *turpes et probrosæ*, por haber desaparecido virtualmente de nuestro derecho los fundamentos de dichas incapacidades.

La violacion del año de luto por parte de la mujer importaba, como consecuencias, el no poder esta adquirir nada por testamento ni dejar á su nuevo marido más de la tercera parte de sus bienes; pero estas limitaciones han sido derogadas por el derecho canónico, segun opinion de los tratadistas (2), y por consiguiente deben estimarse caducadas en el dia.

Subsisten, no obstante, algunas restricciones á la capacidad de adquirir por testamento, que examinaremos brevemente.

---

(1) *Theorica artis notariæ*, Nota 4.ª, al Tít. 1. Cap. 1. Part. 2.ª
(2) Engel, *Collegium univers. jur. can.* Lib 1.º, Tít. 21.

§ 556. **Hijos naturales.**—Cuando el testador tiene hijos legítimos no puede dejar á los naturales, junto con la madre de éstos, más de la duodécima parte de sus bienes; y si existe la madre sóla, únicamente podrá recibir la mitad de dicha porcion ó sea la vigésima cuarta parte de la herencia (1). En el caso de no tener el testador descendientes legítimos sino sólo ascendentes, podrá dejar á aquellos las tres cuartas partes de la herencia, pues la cuarta parte restante forma la legítima de los últimos. Si no existen personas con derecho á la legítima, podrá el testador dejar á sus hijos naturales la totalidad de sus bienes.

§ 557. **Hijos incestuosos y adulterinos, y sus padres.**—Los hijos incestuosos no pueden recibir nada de sus padres, ni estos pueden dejarse nada entre sí (2). Igual incapacidad alcanza á los hijos adulterinos y á los adúlteros entre sí (3). Al tratar de los alimentos dijimos ya (4) que, segun el Cap. 5.° de las Decretales de Gregorio IX, *De eo qui duxit etc.*, IV, 17, los padres han de dar á sus hijos adulterinos lo necesario para la subsistencia: fundado en cuya disposicion canónica el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Enero de 1867 recaida en un pleito procedente de nuestra Audiencia, declaró válido un legado del quinto dejado por el padre á un hijo de esta clase.

§ 558. **Limitacion establecida por la ley «Hac edictali.» Doctrina de los autores catalanes sobre la misma.**—La ley *Hac edictali* (6.ª, Cod. *De sec. nupt.*, V, 9,) dispone que cualquiera de los consortes que contrae segundas nupcias, teniendo hijos del primer matrimonio, no puede dejar á su segundo consorte, sea por derecho hereditario ó por legado ó fideicomiso, sea á título de dote ó por donación entre vivos ó *mortis causa*, más de lo que hubiese percibido el hijo ménos favorecido, y que esto sea aplicado no sólo entre descendientes y ascendentes de primer grado sino áun en grados más remotos; añadiendo que lo que se hubiese dejado en contravencion á dicha Ley, se entenderá no escrito y se repartirá entre los hijos. La Ley 9 prœ. del mismo Título del Código aclara la última parte de la anterior disposicion, consignando que en la reparticion que debe hacerse entre los hijos del excedente dejado al segundo consorte se entiendan tambien llamados los hijos del segundo matrimonio, y que la division se haga entre todos por cabezas.

Del contexto de las citadas leyes se desprende claramente que la

---

(1) Leyes 2 y 8, Cod., *De natur.* Lib. V, 27.—Novela 89, Cap. 12, § 2 y 3 y Cap. 13.
(2) Leyes 4 y 6, Cod. *De incest. nup.*, V, 5.
(3) Leyes 13 y 14, Dig., *De his, quæ ut indig.* XXXIV.
(4) § 24.

prohibicion de que se trata se refiere únicamente al segundo consorte, y que ni directa ni indirectamente comprende á los hijos del segundo matrimonio como equivocadamente se ha afirmado (1), negando la facultad que indisputablemente tiene el padre ó madre de instituir al hijo que tenga por conveniente, á no mediar pacto de heredamiento prelativo.

Fontanella (2) expone esta materia con bastante extension, y por lo general resuelve con criterio acertado las cuestiones á que ha dado lugar la aplicacion de esta famosa Ley. La doctrina de dicho autor puede resumirse en las siguientes conclusiones: 1.ª La prohibicion que establece la ley *Hac edictali*, tiene lugar lo mismo tratándose del marido que de la mujer. 2.ª Lo que se hubiese dado de más al segundo consorte, debe repartirse entre los hijos, sin que aquel entre á formar parte en la reparticion. 3.ª Para calcular el importe de lo que percibe el hijo del primer matrimonio ménos favorecido, se atiende nó á lo que recibió materialmente, sino á la cuantía de lo que por derecho de legítima puede reclamar, pues ésta siempre se entiende dejada por el testador. 4.ª En el caso de dejarse al segundo consorte el usufructo de los bienes, ó bien un legado de alimentos, se capitalizarán unos y otros por medio del cálculo sobre probabilidades de la vida. 5.ª La renuncia jurada hecha por la hija que se dió por contenta con la dote recibida, no le impedirá percibir la parte correspondiente en el reparto de lo que por excesivo se quite al segundo consorte, siempre que la renuncia de aquella sea anterior á la liberalidad hecha á favor de éste, pues dicha parte se entiende que la recibe nó del padre ó madre sino de la misma ley. 6.ª Lo que los hijos y demás descendientes reciben por efecto de la aplicacion de la ley que examinamos, no deben imputarlo á cuenta de la legítima, porque lo reciben contra la voluntad del padre. 7.ª La prohibicion de dicha ley tiene lugar cuando lo que se deja al consorte es mayor que lo dejado al hijo ménos favorecido, nó cuando es igual; y 8.ª Tampoco tiene aplicacion á las adquisiciones onerosas hechas por el segundo consorte, sino sólo á las que le han sido otorgadas por título lucrativo, exceptuándose por consiguiente las donaciones *remuneratorias* cuando estas no exceden de lo que el deber moral exige, ni son hechas en fraude de la ley.

Este autor, como algun otro tratadista de derecho romano, supone que en la reparticion de lo dejado indebidamente al consorte vienen sólo llamados los hijos del primer matrimonio; pero consideramos que esta opinion es insostenible en vista del terminante precepto contenido en la segunda de las leyes que ántes hemos extractado.

La ley *Hac edictali* dispone que no puede eludirse lo en ella dispuesto

---

(1) *Manual de derecho civil vigente en Cataluña* (2.ª edicion) Art. 2107.
(2) *De pact. nup.*, Claus. V, Glos. 8, Part. 4 y 5.

ni mediante una tercera persona, ni en otro modo alguno (*omni circunscriptione, si qua per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit excogitata*, *cessante*). A este propósito dice el mismo Fontanella que si el padre dejó una cantidad á un sacerdote en secreto, no podrá obligar á éste á que revele la confianza, ni retardar por sospecha de fraude el pago de dicho legado, como tampoco cabrá sospecha en el caso de que el testador, no teniendo hijos de la segunda consorte, nombre á ésta heredera fideicomisaria, prohibiéndole la detraccion de la Trebeliánica y con la obligacion de restituir la herencia á los hijos, pues entónces la segunda consorte se considera mera depositaria de los bienes que ha de restituir.

Aunque sin participar de su opinion, por las razones ántes dadas, recordaremos la doctrina sentada por Cancer (1) con motivo de la duda á que dió lugar la disposicion de un testador que contrajo segundas nupcias teniendo una hija del primer matrimonio competentemente dotada, y que habia renunciado con juramento á la herencia paterna; cuyo testador instituyó heredera universal á su segunda mujer, y para el caso de que no quisiese ó no pudiese serlo le sustituyó á una hija que tenia del segundo matrimonio, la cual en definitiva adquirió la herencia por haberla repudiado su madre. En vista de estos antecedentes, dice el mencionado autor que há lugar á la âplicacion de la ley *Hac edictali*, porque se reputa que la disposicion ha sido hecha por influencia y sugestion de la segunda consorte, y por consiguiente en fraude de la ley de que tratamos.

§ 559. **Incapacidad del confesor en la última enfermedad.** —La Ley 15, Tít. 20, Lib. 10 de la Nov. Recop. dispuso que fuesen nulas las mandas hechas en la última enfermedad al confesor, sea clérigo ó religioso, á sus deudos é Iglesias; imponiendo la pena de privacion de oficio á los que otorgaren cualesquiera instrumentos en contravencion á dicha ley. Ampliando lo que en esta se dispuso, previno la Real Cédula de 30 de Mayo de 1830 que aquella prohibicion se extendiera á las herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones y conventos, y que cuando los testadores dejasen por herederas á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera ó por via de mandas ó legados señalen algunos sufragios ó de cualquiera modo manden hacerlos, no podrán encargarse éstos á los confesores en la última enfermedad ni á sus parientes; y si fuesen religiosos, ni á sus religiones ó conventos, debiendo heredar lo así dejado los parientes ab-intestato y reiterando la pena de privacion de oficio al escribano que autorizara semejantes disposiciones.

---

(1) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 15.

§ 560. **Senado-consulto Liboniano; su actual valor práctico.**—Para asegurar la autenticidad de la manifestacion del testador, el Senado-consulto Liboniano declaró nula toda disposicion hecha á favor del que ha escrito el testamento, en cuanto puede serle ventajosa, á ménos que el testador la haya aprobado por medio de una declaracion escrita, ó que el que escribió el testamento debiese ser el único heredero testamentario (1).

Esta prescripcion, que en la forma de testar adoptada por los romanos tenia razon de ser y verdadera importancia práctica, tiene escaso valor y aplicacion muy limitada en el actual sistema, basado en la intervencion del notario que reviste al acto de tanta solemnidad; pudiendo por lo mismo tener aplicacion aquel precepto legal en los limitados casos en que la manifestacion de la última voluntad está desprovista de esta garantía. Conforme con estos principios declaró el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de Octubre de 1865, que aun cuando se haya redactado por un albacea el borrador del testamento, si aparece de una manera indubitada que este fué escrito en su totalidad por el notario, no tiene aplicacion al caso ni puede considerarse comprendido en las prescripciones de dicho Senado-consulto, porque la legislacion vigente en esta materia, revistiendo á los testamentos de ciertas formalidades externas para asegurar tanto la libre voluntad de los testadores como la certeza de que lo consignado en aquellos es su expontánea y deliberada voluntad, hace ya innecesarias las declaraciones que el derecho romano exige con tal objeto, en determinados casos, de parte de los mismos testadores.

§ 561. **Personas indignas de la sucesion.**—A las enumeradas por el derecho romano y corroborando sus disposiciones, debe añadirse, segun la ley única del Tít. 7.° *(Dels indignes de successio)*, Lib. VI, Vol. 1.° de las Constituciones de Cataluña, el marido que hubiere muerto á la mujer, en cuyo caso aquel no puede sucederla en el dote ni por otro motivo, aunque sea mediante la persona de su hijo.

SECCION 3.ª

DE LOS HEREDEROS DE CONFIANZA.

§ 562. **Su carácter y facultades que les competen.**—Llámanse herederos de confianza las personas nombradas en testamento ó codicilo para la percepcion de la herencia ó legado, al objeto de cumplir con tales bienes los fines que confidencialmente les ha comunicado el testador.

---

(1) Tit. del Digesto, *De lege Cornelia*, etc., XLVIII, 10.— Tit. del Cod. *De his qui sibi adscribunt*, IX, 23.

Mediante esta disposicion no puede decirse que el instituido asuma la voluntad del testador ni que dependa del arbitrio ageno, sino que únicamente ha sido esta comunicada en secreto á otra persona, que por esta razon se llama *confidentiarius*. Divídense las opiniones de los autores acerca de la consideracion legal de esta persona; pero la opinion más generalmente admitida es la de que debe reputársele *testigo calificado* en el sentido de que, aun siendo único, merece entera fé la revelacion hecha por él en cuanto á la voluntad del testador, en atencion al crédito y confianza que éste les habia dispensado *(ob ejus fidem á testatore probatam)* (1).

No obstante esta presuncion de veracidad, debe el heredero de confianza prestar su declaracion bajo juramento, como los demás testigos, excepto en el caso de que el testador haya revelado por otro medio su voluntad ó existan pruebas que permitan averiguarla sin peligro de error. La declaracion, en el caso de ser impugnada, se apreciará segun las reglas de sana crítica, tomando por guia la presunta voluntad del testador y desechando, en consecuencia, toda aseveracion inverosímil ó manifiestamente contraria á aquella, así como la prestada por chanza ó para captarse la voluntad de otra persona, bajo cuyas reglas deberán tambien apreciarse las distintas declaraciones de los herederos de confianza en el caso de ser varios los nombrados (2). A no existir contradiccion, no es necesario que la declaracion sea circunstanciada ó razonada *(adminiculata)*, siempre que en los extremos que comprenda no existan datos que hagan sospechar falta de veracidad (3).

Cuando el heredero de confianza muere sin haber prestado su declaracion ó por cualquier motivo ha dejado de prestarla y no es posible averiguar por otro medio la voluntad del testador, queda nula, á ménos que aparezca haberse otorgado la disposicion genericamente en favor de causas-pías ó de objetos piadosos, consistiendo únicamente la confianza en haber revelado aquel al fiduciario la cualidad de la causa ó de la obra pía, porque entónces como lo sustancial de la disposicion consiste en el amor á Dios y en la salud del alma, se considera accidental la declaracion del objeto pio, y por lo mismo el Obispo ú otro legítimo Superior cumplirá el encargo, subrogándose en el lugar del fiduciario, ó bien pasarán los bienes á la Iglesia universal y en su nombre á la Fábrica de San Pedro, como ejecutora de las disposiciones pías que los herederos ú otros encargados dejaron de cumplir, á fin de que no quede burlada ó desatendida la voluntad del difunto (4).

Escasas son las declaraciones del Tribunal Supremo en cuanto á la

---

(1) Cardenal de Luca, *De fideicom.*, In summa N.º 192.
(2) Id. loc. cit., Ns. 196 y 197.
(3) Id. id., N.º 194.
(4) Id. id. N.º 199 y *De legatis*, Disc. 27, N.º 3.

institucion de que tratamos. Mencionaremos la sentencia de 21 de Abril de 1860, que declara que el heredero de confianza relevado de dar cuenta á persona alguna no está obligado á declarar cuál sea dicha confianza; y la 27 de Setiembre de 1861, en que se consigna que constituido un fideicomiso de confianza, segregados de la masa comun los bienes de su dotacion y entregados al heredero fiduciario, éste queda desde aquel momento autorizado para disponer de ellos de la manera que mejor le parezca para llenar los deberes de su cometido, y no es dado á los albaceas ni á otra persona alguna residenciar sus operaciones. La intervencion que, como diremos, tiene el Juez eclesiástico en la ejecucion del encargo de los albaceas, es aplicable al caso mencionado en el párrafo anterior, y ha dado ocasion á las sentencias del mismo Tribunal que referiremos.

§ 563. **No deben confundirse con los herederos gravados de restitucion.**—Lo dicho hasta aquí del heredero de confianza, no es aplicable al heredero gravado de restitucion, pues éste es un verdadero y perfecto dueño, excepto en cuanto á la disposicion de los bienes para despues de su muerte, ya que ha de ajustarse al órden préviamente establecido por el testador; y así, cuando se concede al heredero gravado la facultad de disponer ó de gratificar y el instituido usa de ella, no se entiende que obra en nombre ageno ni como testigo de acto ageno, sino en virtud de un derecho propio que le ha concedido el testador, cuya disposicion queda en consecuencia limitada á la parte de bienes que el heredero gravado haya dejado de enagenar (1).

Por la razon ántes dada, no se concede á los herederos de confianza la detraccion de la cuarta trebeliánica, sino sólo el diez por ciento de los caudales que administran (2).

§ 564. **Disposiciones relativas al impuesto sobre este derecho hereditario.**—La Direccion general de Contribuciones, en acuerdo de 20 de Julio de 1868, declaró que las herencias de confianza eran verdaderos fideicomisos respecto al pago del impuesto.—El Reglamento de 14 de Enero de 1873 dispone (Art. 11) que las herencias y legados á favor del alma del testador ó de los de otras personas pagarán el diez por ciento del valor de los bienes de todas clases y derechos reales trasmitidos, y (Art. 12) que en los fideicomisos se pagará desde luego el dos por ciento y si no se publicase en el término de un año la voluntad del testador, se completará hasta el diez; pero si se publi-

---

(1) Id. *De fideicom.*, N.° 9.
(2) Gibert, *Teórica del arte de notaria*, 3.ª edicion, anotada por D. Félix María Falguera, Part. 2.ª, Tít. 8, Nota (aa).

case dentro de dicho término, y resultase ser el heredero pariente del testador, pagará con arreglo al grado de parentesco, deduciendo el dos por ciento satisfecho anteriormente.

CAPÍTULO 4.º

DE LAS SUSTITUCIONES.

SECCION 1.ª

DE LAS SUSTITUCIONES EN GENERAL.

§ 565. **Sus clases, y derecho por qué se rigen.**—Actualmente se conocen las mismas clases de sustituciones establecidas por el derecho romano, cuyas disposiciones las regulan casi por completo; por lo cual nos limitaremos á examinarlas en la parte en que presentan hoy alguna especialidad.

SECCION 2.ª

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

§ 566. **Especial inteligencia de una sustitucion á favor de descendientes de distinto grado.**—Segun Cancer (1), cuando uno instituye heredero á su hijo y á los nietos, hijos de éste, se entiende llamado sólo directamente el hijo con exclusion de los nietos, los cuales únicamente vendrán en su caso por la sustitucion vulgar, esto es, cuando su padre no llegue á ser heredero; y por el contrario, si el testador instituye al hermano y á los hijos de éste, entónces estos hijos se entienden llamados junto con su padre. Funda estas distintas conclusiones en que en el primer caso concurren la razon de afeccion y la necesidad de instituir, es decir, que se presume por una parte que el padre quiere más al hijo que á los nietos y que si ha llamado á estos ha sido en órden sucesivo y para que premuriendo el padre no se anulase el testamento por no haber instituido heredero á los nietos; al paso que en el segundo caso, si bien existe la misma razon de afeccion, falta la necesidad de instituir, ya que el hermano no está obligado á instituir á los sobrinos, y por lo mismo debe estarse al tenor literal de la disposicion.

Nos limitamos á dar á conocer la opinion de este tratadista, aunque

---

(1) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 1.º, N.º 103.

sin participar de la conclusion que admite en la primera de las indicadas hipótesis, que creemos insostenible en todos los casos en que el tenor literal de la disposicion no permita con más sólidas conjeturas interpretar en aquel sentido la voluntad del testador.

SECCION 3.ª

DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

§ 567 **¿Quién puede disponerla?**—Hoy este derecho compete únicamente al padre, en fuerza de la patria potestad, y nó á los demás ascendientes paternos, toda vez que con el matrimonio quedan los hijos emancipados legalmente.

La sustitucion hecha por un extraño para el caso de fallecer el instituido impúber, se considera un fideicomiso condicional de los bienes que le hubiese dejado, y se rige por sus reglas (1).

§ 568. **¿Compete hoy á la madre viuda el derecho de nombrar sustituto pupilar?**—A esta duda ha dado orígen la disposicion de la Ley de Matrimonio civil que concede á la madre, en defecto del padre, la patria potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados. Ante este precepto se ha creido sostenible que, tratándose de un derecho emanado de la patria potestad, cual es el de nombrar sustituto pupilar, puede sin dificultad ejercerlo la madre cuando el padre fallece sin haber hecho uso de él; pero aunque no faltan en pró de esta opinion razones de gran peso, no creemos que puedan adoptarse como seguras é incontrovertibles, interin la jurisprudencia no venga á fijar el alcance de aquella ley en un punto tan trascendental, no regulado ni previsto en sus disposiciones.

De todos modos, está fuera de duda que, áun no siendo válida como tal la sustitucion pupilar hecha por la madre, se sostendrá como fideicomisaria en cuanto á los bienes de la testadora.

§ 569. **Disposicion especial del derecho catalan, limitativa de las facultades del padre.**— Es muy importante en este punto la Constitucion 3.ª (2) Tít. 2.º (*De pupillars y altres sustitutions*, etc.,) Lib. VI, Vol. 1.º, que dice así: «Por cuanto parece gran iniquidad que teniendo »una persona hermanos ó hermanas ú otros parientes de parte de ma»dre hasta en cuarto grado, segun órden de derecho romano, y habien»do despues adquirido cualesquiera bienes por sucesion de madre, »que despues muriendo la tal persona ántes de llegar á la pubertad

---

(1) § 9, Inst., *De pupill., substl.* II, 16.
(2) Felipe, en las Córtes de Monzon, año 1585, Cap. 95.

»con sustitucion pupilar hecha por el padre debiesen los bienes y he-
»redad de la madre ir en virtud de sustitucion pupilar á otros hijos ó »parientes del mismo padre y nó de la madre ú otros parientes de »parte de dicha madre; por esto establecemos y ordenamos, con apro- »bacion de las presentes Córtes, que en este caso los bienes de la ma- »dre deben volver á los hermanos ó hermanas ú otros parientes hasta »el cuarto grado, como está dicho, de parte de madre si los hubiere, y »que el padre pueda disponer por dicha sustitucion pupilar entre ellos »y nó en favor de otras personas, declarando y ampliando la constitu- »cion antecedente (1).

Como se vé, esta disposicion limita notablemente la facultad que compete al padre de nombrar sustituto pupilar para el hijo constituido bajo su potestad, determinando que en cuanto á los bienes maternos deba recaer dicho nombramiento en alguno de los parientes de la línea materna hasta el 4.º grado, y nó en favor de otras personas; de lo cual se infiere que, en cuanto á los bienes que no tengan aquella consideracion, podrá el padre ejercer libremente el derecho de nombrar sustituto pupilar á la persona que crea conveniente y que lo mismo podrá hacer, áun respecto de los bienes maternos, siempre que el impúber no deje parientes de esta línea hasta el cuarto grado.

La calificacion de los bienes, en cuanto á su procedencia familiar, deberá hacerse con arreglo á los principios que hemos expuesto al tratar de la sucesion intestada del impúber.

§ 570. Inteligencia de las palabras usadas en la sustitucion pupilar.—La Constitucion 2.ª del Título 2.º (*De pupillars y altres sust.*) Libr. VI. Vol. 1.º, declara que «en la sustitucion hecha por el padre al »hijo impúber, estando en su potestad, las palabras *vuelva*, *sea devoluto*, »*venga*, *instituyo* y otras semejantes, sean absolutamente habidas por »palabras directas.»— Cancer (2) expone muy prolijamente la diferencia entre las palabras directas, oblícuas y comunes, y los distintos efectos que producen unas y otras, estableciendo algunas conclusiones que por su escaso interés práctico omitimos reproducir.

§ 571. Efecto de la sustitucion pupilar en cuanto á la legítima de la madre.—Segun la Ley 8 § 5. *De inoff. testam.* V. 2, cuando el padre testa por su hijo impúber, la madre no puede atacar como inoficioso dicho testamento, ni por consiguiente reclamar contra semejante disposicion su cuota de legítima, porque fué el padre quien lo ordenó. No obstante, esta facultad que compete al padre no debe interpretarse

(1) La Constitucion á que se alude es la que regula la sucesion intestada de los impúberes.
(2) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 1, N.º 7.

latamente, y así cuando no usa de ella clara y terminantemente, no puede deducirse por el mero hecho de testar por su hijo impúber que ha querido privar á su cónyuge de la legítima que las leyes le conceden. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Noviembre de 1872, recaida en un pleito procedente de la Audiencia de este territorio.

§ 572. **Casos en que la pupilar tácita no se comprende en la vulgar expresa.** — Son los siguientes: 1.° cuando sobreviven la madre ó la abuela del pupilo, 2.° cuando por las palabras del testador ó por otras conjeturas aparece que éste no quiso dar á la sustitucion vulgar esta extension y 3.° cuando la sustitucion vulgar fué hecha á la vez á un hijo impúber y otro púber (1).

SECCION 4.ª

DE LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA.

§ 573. **Sus diferentes clases.** — Desaparecidos hoy de nuestro derecho los fideicomisos puros con las razones que motivaron su introduccion en Roma, y no pudiendo calificarse de tales las herencias de confianza usadas en Cataluña, subsisten sólo actualmente dos clases de sustituciones fideicomisarias, á saber: las á término *(in diem)* ó sea las que deben verificarse en un plazo dado (generalmente la fecha de la muerte del heredero instituido), y las condicionales, ó sea aquellas cuyo cumplimiento pende de un hecho futuro ó incierto (que suele ser el que el instituido muera sin hijos ó con tales que no lleguen á la edad de testar).

Bajo otro punto de vista pueden dividirse los fideicomisos en temporales y perpétuos, segun se limite á un número de grados el órden de los llamamientos sucesivos ó se extienda indefinidamente la obligacion de restituir. Estos últimos, con arreglo á las leyes desvinculadoras, no pueden hoy ordenarse bajo pena de nulidad. Los primeros tambien son nulos pasando de la cuarta generacion, en virtud de lo dispuesto en el Cap. 1.° de la Novela 159 de Justiniano, vigente en Cataluña (2), en donde tales fideicomisos no acostumbran pasar del segundo grado, siguiendo el órden de primogenitura y con preferencia de sexo.

Aunque hoy han perdido gran parte de su interés práctico las disposiciones relativas á vinculaciones en general, recordaremos como capitales la Real Cédula de 28 de Abril de 1789 (Ley 12, Tit. 17, Lib. X de

---

(1) Ley 4, § 2, y Ley 45 prœ. Dig. *De vulg. et pupill. subs.* XXVIII, 6.—Ley 2, Cod. *De impub. et aliis subs.* VI. 26. — Ley 9, Cod. *De inst. et substit.* VI, 25.

(2) Gibert, *Teórica, etc.* anotada por D. Félix M. Falguera, 2.ª Parte, Tít. 8 Nota (aa).

la Nov. Recop.) por la que se mandó que en adelante no se pudiesen fundar mayorazgos ni prohibir perpétuamente la enagenacion de bienes raíces sin que precediera Real licencia; la Real órden de 16 de Octubre de 1830, en la que se declaró que los fideicomisos perpétuos de Cataluña debian arreglarse á la citada Cédula de 1789, lo mismo que las vinculaciones, y que podian reclamar libremente los parientes más inmediatos y suceder libremente ó sin gravámen alguno, sin perjuicio de que se cumpliese lo demás que hubiese ordenado el testador; y finalmente, la Ley de 27 de Setiembre de 1820, restablecida en 20 de Agosto de 1836, que suprimió toda clase de vinculaciones, restituyendo los bienes á la clase de absolutamente libres, con las reservas y limitaciones que indica.

§ 574. **Tácita condicion al gravámen de restituir puesto á un descendiente..** — Es un principio de derecho romano, consignado en varias leyes (1), que cuando el testador impone á uno de sus descendientes el gravámen de restituir la herencia á un tercero, el fideicomiso se entiende hecho bajo la condicion tácita de que dicho descendiente no tenga hijos.

Este principio está tambien admitido en Cataluña, segun lo reconocen los autores de derecho catalan (2); y se funda en una presuncion natural, como lo prueba la frecuencia con que se emplea en los testamentos la cláusula de los hijos puestos en condicion, que pasamos á examinar.

§ 575. **De los hijos puestos en condicion.** — Con esta fórmula se designa á los hijos de los herederos sucesivamente llamados por el testador cuando éste hace depender de la existencia de tales hijos, respecto á cada uno de los instituidos, la adquisicion definitiva é irrevocable de la herencia. Suelen, en efecto, los testadores instituir al primógenito de los hijos, y para el caso de morir éste sin hijos ó con tales que no lleguen á la edad de testar, instituyen al segundo, y muriendo tambien éste sin hijos ó con tales que no lleguen á edad de testar, al hijo tercero y así sucesivamente; de lo que resulta que la sustitucion fideicomisaria surte sus efectos en el órden correlativo de los llamamientos, segun que los herederos tengan ó no tengan hijos á su fallecimiento.

Semejante cláusula originó la duda de si dichos hijos puestos en condicion debian entenderse llamados á la herencia; duda cuya solucion la da tambien á las dos siguientes cuestiones: 1.ª ¿El padre instituido

---

(1) Ley 102, Dig. *De condic. et dem.* XXXV, 1. — Ley 6. Cod. *De inst. et subst.*, VI, 25. — Ley 30, Cod. *De fideicom.*, VI, 42.

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 2, Ns. 81 y 82. — Gibert, *Teórica, etc.*, anotada por el Sr. Falguera, ibidem.

bajo esta condicion deberá ser considerado con respecto á tales hijos como mero fiduciario, de suerte que á su muerte esté obligado á restituirles la herencia? Y 2.ª ¿En el caso de premorir uno de los herederos instituidos dejando hijos ántes de verificarse el llamamiento, deben ser preferidos los hijos del premuerto á los sustitutos de éste?

La opinion general de los autores, confirmada, como veremos, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha resuelto ambas cuestiones en sentido negativo.

En cuanto á la primera, esta solucion es tanto más incontestable cuanto que para hacer excepcion á ella han debido buscar los autores (1) una hipótesis extraña á la simple cláusula de hijos puestos en condicion, cual es la de suponer que estos hijos estén además gravados expresamente por el testador á que restituyan el todo ó parte de la herencia, en cuyo caso, por lógica conclusion, se infiere que el gravámen de la sustitucion importa el emolumento de la institucion.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de Abril de 1866, declaró que «aun en el supuesto de que fuese doctrina admitida por los Tribunales que los hijos puestos en condicion se entiendan llamados, lo seria solamente para los fideicomisos perpétuos, mas nunca para los temporales.»

En cuanto á la segunda cuestion, ó sea si los hijos del premuerto se entienden llamados, se halla ya generalizada la solucion en sentido negativo, fijado hoy de un modo inconcuso por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sostenida por la mayoría de los escritores de derecho catalan (2). Unicamente Cancer (3) considera que puede servir de conjetura valedera para resolver lo contrario la circunstancia de que el sustituto subsiguiente fuese un extraño, por no poderse presumir que el testador pospusiese aquel á su descendencia.

Indicaremos las principales sentencias del Tribunal Supremo recaidas en este importante punto, y que lo resuelven en el sentido que dejamos dicho.

La de 10 de Diciembre de 1864 declara «que no puede ser heredero »el sustituto que premuere al instituido cuando ha sido llamado di»recta, expresa y nominalmente para cuando este fallezca; y que por »lo tanto no se trasmite la herencia á sus hijos.» — En la de 6 de Fe»brero de 1865 se consigna «que es un principio legal en materia »de sucesiones que el nombramiento condicional de heredero no pro»duce efecto alguno cuando el instituido muere ántes que el testador, »y por consiguiente no trasmite derecho á sus sucesores, respecto á la

---

(1) Fontanella, Claus. Glos. 10. — Vives, Nota 1.ª del Tit. 2.º, Lib. vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña*.

(2) Fontanella, Claus. V. Glos. 10, Part. 2, Núms. 44.ª 45.—Tristany *Decis.* 99.

(3) Part. 3.ª, Cap. 21, N.º 87.

»herencia á que estaba llamado, salvo el de representacion en su »caso; y que el citado principio es aplicable por identidad de razon á »las sustituciones, cualquiera que sea su naturaleza, porque todas »ellas no son más que medios diversos, autorizados por el derecho, »para trasmitir la herencia á varias y determinadas personas ó fami- »lias; pero en todas es requisito indispensable que el instituido tenga »capacidad para aceptarla cuando se cumple la condicion impuesta.» —En la de 24 de Abril de 1867 se lee «que segun doctrina de jurispru- »dencia repetidamente consignada por este Tribunal Supremo, en toda »institucion hereditaria, é igualmente en las instituciones, es requisito »indispensable que el instituido, y el sustituto en su caso, tengan capa- »cidad para aceptar la herencia al cumplir la condicion impuesta por »el testador; que el sustituto que premuere al instituido, habiendo »sido llamado directa y expresamente para cuando este fallezca sin »hijos, no ha podido adquirir ningun derecho, porque no ha llegado el »caso de la sustitucion; y que si bien, en general, es exacta la doc- »trina de que por hijos se entienden tambien los nietos, no puede ser »aplicable al caso en que el testador instituye expresa y únicamente á »los primeros, y sólo á falta de ellos á los nietos.»—La de 18 de Abril de 1872 reitera el principio de «que la sustitucion hecha en favor de »una persona para cuando otra muera sin hijos es condicional, y el sus- »tituto que muere pendiente la condicion no adquiere derecho alguno »y por lo tanto no puede trasmitirlo á sus sucesores.»—En la de 5 de Junio de 1874 se expone aun más explícitamente esta doctrina, diciendo: «que la sustitucion hereditaria hecha á favor de una persona determi- »nada para cuando otra fallezca sin hijos ó con tales que ninguno de »ellos llegue á la edad de poder testar, es condicional porque depende »del acontecimiento posible, futuro, incierto y previsto por el testador »de que el instituido no tenga tales hijos á su fallecimiento; y que es »igualmente inconcusa la doctrina de que en toda institucion ó susti- »tucion hereditaria condicional es requisito indispensable que el insti- »tuido ó sustituido en su caso, cuando son llamados expresa, nominal »y personalmente, tengan capacidad para adquirir la herencia al tiem- »po de realizarse la condicion impuesta por el testador; y que por con- »secuencia si el sustituto así llamado fallece ántes que el heredero »instituido, no llega á adquirir derecho alguno á la herencia, ni puede »trasmitirle por sucesion testada ni intestada, porque no han llegado á »realizarse la condicion y el caso señalado por el testador para que »tuviera lugar la sustitucion.»—Igual doctrina se consigna sustancial- mente en la sentencia de 15 de Enero de 1878, creyendo por lo mismo innecesario reproducirla.

Por la relacion que guarda con esta materia, y por la apreciacion legal de que ha sido objeto, daremos cuenta detallada de la trascen- dental sentencia de 22 de Mayo del corriente año (1880).

Resulta que D. José Safont y Casarramona falleció en 24 de Febrero de 1841 bajo testamento, cuya cláusula hereditaria era la siguiente: « En todos los demás bienes mios, muebles é inmuebles, presentes y » futuros, nombres, voces, derechos, créditos y acciones mias uni- » versales, donde quiera que sean y de cualquier género ó especie en » que consistan, que me corresponden y corresponderán por cualquier » título, dejo y otorgo y á mi heredero universal hago é instituyo, ter- » minado que sea el usufruto por mi legado á favor de mi esposa, á » D. José Safont y Lluch, otro de mis albaceas, hijo mio, si el dia de mi » muerte vivirá y heredero mio ser querrá, y él entónces premuerto, á » sus hijos legítimos y naturales y de legítimo matrimonio procreados, » á aquel ó aquellos que herederos suyos serán en el modo y forma que » los habrá instituido; pero si el referido mi hijo José heredero mio no » será, porqué no querrá ó no podrá, ó heredero mio será pero mori- » rá en cualquier tiempo sin hijos, uno ó más, legítimos y naturales y » de legítimo matrimonio procreados, ó con ellos, pero ninguno de » ellos llegará á edad de poder hacer testamento, en dichos casos, y en » cualquiera de los mismos, al mencionado mi hijo José Safont y Lluch » sustituyo y mis herederos universales hago é instituyo á Jaime, Mi- » guel y Manuel Safont y Lluch, hijos mios, y á los demás hijos varo- » nes legítimos y naturales que, nacidos ó póstumos, en el dia de mi » muerte yo dejare, nó á todos juntos sino el uno despues del otro, » guardando entre ellos órden de primogenitura, y ellos ó el otro de » los mismos entónces premuerto á sus hijos legítimos y naturales y de » legítimos matrimonios procreados, á aquel ó á aquellos que herede- » ros suyos serán en el modo y forma que los habrán instituido, si mis » hijos querrán ser mis herederos en el modo expresado; empero si » mis herederos no serán, porque no querrán ó no podrán, ó mis here- » deros serán, pero morirán todos ellos en cualquier tiempo sin hijos, » uno ó más, legítimos y naturales, de legítimo matrimonio procreados, » ó con tales, pero ninguno de ellos llegará á la edad de hacer testa- » mento, en dichos casos y en cada uno de ellos sustituyo al último » de mis hijos que muera de esta manera, y hago é instituyo herederas » mias universales á mis hijas Esperanza Camprodon y Safont, y Teresa » Llanas y Safont, y á las demás hijas legítimas y naturales que, nacidas » ó póstumas, dejare el dia de mi muerte, nó á todas juntas sino una » despues de otra, guardando siempre entre ellas el órden de primo- » genitura; y premuertas entónces dichas hijas ó cualquiera de ellas, á » sus hijos legítimos y naturales, en legítimo matrimonio procreados, » á aquel ó á aquellos que serán sus herederos en el modo y forma que » los hayan instituido; queriendo que muriendo todos mis dichos hijos » é hijas sin hijos, ó con tales ninguno de ellos llegare á la edad de po- » der hacer testamento, en tal caso el último de mis dichos hijos é hijas » que así muera, pueda disponer libremente de mis bienes. Y decla-

»rando mi intencion, quiero que el llamamiento de mis nietos, hijos »de los expresados hijos é hijas mios, no induzca ni pueda inducir fi»deicomiso alguno, pues tan sólo se ha hecho por nueva providencia y »á fin de que no caduque ningun grado, por cuanto es mi expresa vo»luntad que cualquiera de mis dichos hijos é hijas llamados para ser »mis herederos que se hallase ser poseedor de mis bienes y muriesen »con hijos, uno ó más, nacidos ó póstumos, legítimos y naturales y en »legítimo matrimonio procreados, los cuales ó cualquiera de ellos lle»gara á la edad de poder hacer testamento, pueda libremente disponer »de mis expresados bienes.»— D. José Safont, heredero nombrado en primer lugar por el testador, falleció en 14 de Diciembre de 1861 sin sucesion, trasmitiéndose la herencia de su padre á su hermano y sustituto D. Jaime. El otro hermano, D. Miguel, nombrado heredero en tercer lugar por su padre, falleció en 9 de Marzo de 1876, con testamento en que en todos sus bienes y derechos, si sobrevivia á su hermano D. Jaime, instituyó por herederos suyos universales, por partes iguales y á sus libres voluntades, á su esposa y á sus hijos, y para el caso que alguno de éstos le premuriese dejando hijos de legítimo matrimonio, tendrian éstos la porcion de su herencia que hubiese correspondido á su padre ó madre; pero si moria ántes que el referido su hermano D. Jaime, para cuyo caso en la escritura de adicion á las capitulaciones matrimoniales de su hija D.ª Josefa, otorgada en 21 de Febrero de aquel año, hizo á favor de la misma donacion y heredamiento en los términos y con las reservas y condiciones que constaban en ella ordenadas, usando de las facultades que se reservó, que sucedieran en sus bienes como herederos, junto con la expresada D.ª Josefa y por partes iguales, su citada esposa y todos los demás hijos é hijas que le sobreviviesen, y en lugar de cualquiera de ellos que le premurieran, dejando hijos legítimos, tuvieran éstos la porcion de su padre ó madre, con la condicion empero de que los que llegados á la mayor edad hubieran aprobado la venta de la heredad «Cuadra de la Moguda» procedente de su difunto padre D. José, otorgada por su hermano D. Jaime á favor de N. en 26 de Mayo de 1866, no la impugnasen en tiempo ni por motivo alguno, y los que aún no la hubiesen aprobado lo verificasen cuando llegasen á la mayor edad, quedando privado el que no lo hiciese de la porcion de la herencia, y que en lugar de la misma tuviera igual porcion alícuota de sus bienes que para dicho caso le dejaba por via de legado y en pago de legítima ó de cualquier derecho que pudiera reclamar, ó que le pudiera corresponder sobre sus bienes.— D. Jaime Safont falleció sin sucesion en 4 de Agosto de 1876, y en Junio de 1877 los hijos y la viuda de D. Miguel entablaron demanda, en la que haciendo mérito de lo dispuesto en el testamento de su abuelo D. José Safont y Casarramona, del de su padre D. Miguel y del fallecimiento de éste, expusieron que el dia que por fallecimiento de D. Jaime debia

hacer tránsito la herencia de D. José Safont y Casarramona á su tercer hijo D. Miguel, éste habia fallecido pero dejando siete hijos; que en consecuencia de las disposiciones testamentarias de su abuelo, la herencia habia quedado deferida á favor de ellos en el modo y forma que su padre premuerto los hubiere instituido; que D. Manuel Safont y Lluch, cuarto hijo del testador, no tenia el menor derecho á su herencia, existiendo los demandantes, que eran hijos del hijo tercero, llamados con preferencia á tenor de la disposicion testamentaria de D. José Safont y Casarramona, por lo cual los demandantes pidieron que se les declarara únicos herederos universales del expresado D. José, por hallarse cumplidas las condiciones con que les llamó á la sucesion. Seguido el pleito por sus trámites, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que confirmó con costas la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en conformidad á la demanda. Interpuesto recurso de casacion, el Tribunal Supremo declaró haber lugar á él, consignando los siguientes fundamentos: «Considerando que la voluntad del testador »D. José Safont y Casarramona fué, sin género alguno de duda, estable»cer en la cláusula de su testamento que sirve de tema en este pleito »una sustitucion vulgar en primer término, y en segundo término una »sustitucion pupilar, excluyendo toda idea de fideicomiso é imponien»do al final de la cláusula á todos los instituidos la condicion de que »han de poseer los bienes hereditarios para trasmitirlos á sus hijos, »así es que llama en primer lugar á su hijo D. José, siempre que »*pueda ó quiera* ser su heredero; y si muere en estas condiciones y se »halla poseedor de la herencia llama á sus hijos que tengan aptitud »para testar, reservándose el testador el derecho de hacerlo por los »impúberes, porque en aquel caso se purificaba la sustitucion vulgar »y en este caso venia la pupilar;»—«Considerando que al llamar á los »demás hijos como sustitutos del primogénito emplea la misma fór»mula que define la sustitucion vulgar, á saber: si *pueden ó quieren* ser »sus herederos, por manera que no se concibe esta sustitucion sino »cuando el primer instituido no acepta la herencia; — Considerando »que si pudiera ser dudosa esta interpretacion, las palabras con que »la cláusula termina aclaran perfectamente la voluntad del testador, »porque quiere que sus hijos, para ser sus herederos y que puedan »trasmitir la herencia á los hijos de éstos y nietos del testador que »puedan testar, se han de hallar en posesion de los bienes; y á esta úl»tima expresion de la voluntad del testador se subordinan todas las »condiciones anteriores, porque de otro modo no seria última volun»tad;» — «Considerando que D. Miguel Safont y Lluch murió ántes que »su hermano D. Jaime, poseedor de la herencia, y al abrirse de nuevo »la sustitucion por la muerte de éste es evidente que aquel no habia »aceptado la herencia, y por consiguiente no ha trasmitido á sus hijos »derechos que no habia adquirido; — Considerando que la voluntad

» del testador es la ley que regula la materia del pleito, y la Sala sen- »tenciadora que la entiende de distinta manera la infringe.»

Se ha alegado que la doctrina transcrita en el anterior fallo, que nos abstenemos de criticar, es contraria á la sentada por el mismo Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Octubre de 1867; pero examinada ésta, se vé que no hay paridad en los antecedentes, pues en la última se trataba principalmente de la interpretacion de la palabra *hijos*, declarando que bajo esta denominacion se entienden comprendidos los nietos y demás descendientes, segun doctrina establecida por el mismo Tribunal.

§. 576. **De la detraccion de la cuarta Trebeliánica.**—Conformes con lo dispuesto por el derecho romano, consignan los autores de derecho catalan (1) que sólo el heredero directo, esto es, el primer heredero gravado de restitucion está autorizado para retener dicha cuarta, y que este derecho lo trasmite á sus herederos, aunque no lo hayan aceptado ó adquirido expresa ni tácitamente.

Cuando el heredero directo es hijo ú otro descendiente del testador con derecho ó la legítima, es opinion comunmente admitida (2) que puede retener las dos cuartas, ó sea la legítima y la Trebeliánica, ya que los conceptos bajo los que le corresponden una y otra no son en manera alguna incompatibles. Esta opinion viene apoyada por la Constitucion única (3) del Título 6 *(De la cuarta Trebeliánica)* Lib. VI, Vol. 1.° por la que se permite á los padres prohibir la cuarta Trebeliánica á los hijos herederos en primer lugar instituidos, cuya prohibicion debe hacerse, segun dicha Constitucion, con palabras expresas y no otramente.—Se ha dicho por algun autor (4) que la detraccion de las dos cuartas sólo tiene lugar en los fideicomisos condicionales, mas no en los *in diem;* pero esta opinion, por respetable que sea, no ostenta en su favor textos legales bastantes, ni ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Para la detraccion de esta cuarta se rebajan del patrimonio hereditario las deudas del testador, los gastos de funerales y última enfermedad, y el importe de los legados píos, así como la legítima que corresponda á los descendientes ó ascendientes (5). En ella se imputan, de una parte, las cosas ó sumas de dinero que el fiduciario está autorizado

(1) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 2.°, Ns. 6 y 29.—Fontanella, Claus. IV, Gloss. 9., Part. 5, N.° 116.

(2) Cancer, *Loc. cit.* Ns. 26 y 141. Gibert. *Teórica* etc., Part. 2.ª, Tít. 8.° Nota 2.ª—Vives, Nota 1.ª al Tít. 6.°, Lib. 6.°, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*

(3) Felipe II, en las primeras Córtes de Barcelona, año 1599, Cap. 27.

(4) En este sentido opina el Sr. Falguera en sus notas á la *Teórica* de Gibert, donde cita unas sentencias de la Audiencia de este Territorio, de las que dice puede inferirse esta doctrina.

(5) Gibert, *Teórica*, etc., loc., cit.

para retener por voluntad del difunto, así como los legados y fideicomisos que se le hayan señalado, á excepcion de los prelegados (1); y de otra parte, los frutos percibidos despues de la adicion de la herencia por efecto de que la ejecucion del fideicomiso esté diferida por un término ú por una condicion (2). El fiduciario no puede enagenar los bienes á no ser para pago de deudas, para constituir una dote necesaria ó para evitar un manifiesto perjuicio á la herencia.

Acerca del inventario que debe tomar el heredero gravado de restitucion, y de los efectos que su omision produce, véase lo que diremos al tratar de la adquisicion de las herencias y legados.

§ 577. **Derecho de retencion en favor del heredero fiduciario.** — Dice Fontanella (3) que cuando se pide una herencia en virtud de un fideicomiso, el demandado á quien se obliga á la restitucion puede oponer sus créditos por razon de la legítima, trebeliánica, mejoras y demás que le competan, y que se le concede la retencion hasta que le sean satisfechos *(conceditur retentio quousque sit in illis satisfactus)*. Vives añade (4) que esto era de una práctica inconcusa en el Principado, y transcribe en apoyo de la misma doctrina la importante Real Cédula de 27 de Febrero de 1742, por la que se mandó que en los pleitos en que se interpusiese segunda suplicacion las partes se deben contentar con la fianza de que se les pagarán los réditos legítimos, sin retardar mientras se liquidasen la ejecucion de las sentencias de vista y revista; pero que en los casos en que no usaren de aquel recurso, se esté al estilo antiguo de liquidar los créditos antes de ejecutar dichas sentencias.

CAPÍTULO 5.º

DE LOS CODICILOS, LEGADOS Y DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE.

SECCION 1.ª

DE LOS CODICILOS.

§ 578. **Sus formalidades.** — El codicilo, tanto abierto como cerrado, exige para su validez la intervencion del notario y dos testigos lo

---

(1) Ley 29, Dig., *Ad legem Falc.* XXXV, 2.

(2) Ley 18 § 1.º, Ley 22 § 2.º, Ley 58 § 5.º, Dig., *Ad. S. C. Trebell.*, XXXVI, 1.º — Ley 8.º § 11, Dig., *De inoff. test.*, V., 2.º — Esta regla no es admitida en absoluto por algunos autores de derecho catalan, entre ellos Comes; pero todos la aceptan para cuando el fiduciario es descendiente del testador.

(3) *Decision* 208, N.º 9.

(4) Nota 1.ª al Tit. 2, Lib. VI, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña.*

mismo que el testamento, si bien no hay necesidad de que estos sean rogados.

En Barcelona el testamento y el codicilo son iguales respecto á las formalidades externas, ya que aquel tambien está dispensado de la rogacion de los testigos en virtud del Privilegio de Pedro III, que hemos citado varias veces.

§ 579. **De la cláusula codicilar.**—Tiene el mismo objeto y produce los mismos efectos que por derecho romano.

En Barcelona, donde como se ha dicho están equiparados en su forma el testamento y el codicilo, no tiene aplicación práctica esta cláusula.

SECCION 2.ª

DE LOS LEGADOS.

§ 580. **Sus clases y efectos.**—Son los mismos del derecho romano, cuyas disposiciones rigen sin variacion sobre el particular.

§ 581. **Legados de causas pias.**—Son los destinados á alguna obra de piedad, ya mire ó lo espiritual, ya á lo temporal.

Por derecho canónico (1) estos legados pueden conmutarse mediante justa causa aprobada por el Sumo Pontífice; y si no pudiesen cumplirse, el Juez eclesiástico ó secular puede conmutarlos de acuerdo con los albaceas ó ejecutores testamentarios.

Los legados hechos á una Iglesia, á un hospital ó á los pobres, cuando no hay designacion se entienden á favor de los del domicilio del testador (2).

§ 582. **Del legado de cosa agena.**—Aunque en virtud del caso *filius noster* del título *De testam*, de las Decretales se pretendió que por derecho canónico debia considerarse nulo el legado de cosa agena, la opinion de los mejores tratadistas se hainclinado á lo contrario, si bien en el sentido de no dar validez á la presuncion fundada en la voluntad del testador en lo referente á saber que la cosa era agena, por ser dicha presuncion contraria á la equidad canónica, no debiendo en consecuencia admitirse cuando el testador que hace un legado de esta clase muere dejando hijos y con un escaso patrimonio (3).

---

(1) Clement. 2. *De relig. dom.*—Conc. Trid. *De reform. ses.*, 22, Cap. 6: y *ses.*, 25, Cap. 4 —Decretal, Cap. 3, *De testam.*

(2) Nov. 131, Cap. 9. y Ley última Cod. *De sac. eccles.* I, 2.

(3) Engel, *Coll. univ. jur. can.*, Lib. 3, Tít. 26, N.º 17.

SECCION 3.ª

DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE.

§ 583. **Disposiciones vigentes.**—Son en un todo las del derecho romano.

CAPÍTULO 6.°

DE LAS CAUSAS DE INVALIDACION DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES.

---

§ 584. **Son fundamentalmente las del derecho romano: limitaciones introducidas por el peculiar de Cataluña.**—En conformidad con las disposiciones romanas, que con escasas variaciones rigen sobre el particular, los testamentos pueden carecer de eficacia, ora por un vicio ó defecto originario relativo á la observancia de sus formalidades externas ó internas, ora por una causa sobrevenida con posterioridad á su otorgamiento; motivos que, segun su naturaleza, dan á los testamentos las calificaciones de *nulo*, *injusto*, *roto*, *irrito*, *destituido* y *rescindido*, con los efectos que en cada caso señala aquella legislacion.

Debe no obstante observarse: 1.° Que no es cierto, como ha sostenido algun autor, que la falta de institucion de heredero deje de ser causa de nulidad en el testamento otorgado por los ciudadanos de Barcelona en virtud del Privilegio concedido por Pedro III en 1339 (único del Tít. 1.° *De testaments.*, Lib. VI, Vol. 2.° de las Constituciones de Cataluña), pues como se dijo al tratar de dicha cláusula, constituye ésta un requisito esencial en todos los testamentos de Cataluña otorgados con el carácter de tales. 2.° Que si bien el citado Privilegio declara que no se invalida el testamento por no hacerse mencion de póstumo ó póstumos, debe esto entenderse en el caso de que el testador hubiese preferido el póstumo á sabiendas, pero nó cuando no pudiese presumir ó ignorase la futura existencia de éste, como aconteceria, por ejemplo, si contrajese matrimonio despues de otorgado el testamento; en cuyas circunstancias creen muy fundadamente algunos autores, y entre ellos Cancer (1), que la superveniencia del póstumo romperá el testamento; 3.° Que respecto al testamento destituido, se entenderán limitadas las disposiciones romanas en virtud del repetido Privilegio

---

(1) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4, N.° 10.

de Pedro III, que declara que los testamentos otorgados por los ciudadanos de Barcelona se sostendrán en cuanto á las disposiciones particulares que contengan, aunque el heredero escrito no admita la herencia, ó admitida la repudie ó bien por cualquier otro modo falte el heredero universal del difunto; y 4.° Que las causas de rescision de los testamentos, segun derecho romano, están notablemente limitadas por las disposiciones particulares del nuestro, que expondremos al tratar de la desheredacion y pretericion de los descendientes y ascendientes.

La revocacion de los testamentos por cambio de voluntad del testador, ofrece especial interés práctico en los testamentos *inter liberos*, y en los que contienen palabras *ad cautelam;* por lo cual pasamos á examinarlos separadamente.

§ 585. **Revocacion de los testamentos «inter liberos».**—Segun el Cap. 2.° de la Novela 107 de Justiniano, para revocar el testamento *inter liberos* no basta la otorgacion de otro testamento de esta clase hecho en forma privilegiada, sino que es necesario un segundo testamento regular y solemne que contenga expresa revocacion del anterior.

Esta ley romana se habia entendido siempre en Cataluña en el sentido de que la necesidad de especial revocacion del testamento *inter liberos* se limitaba al caso en que la nueva disposicion testamentaria se otorgase á favor de personas extrañas, pero nó cuando tambien fuese á favor de los hijos, por manera que en la práctica los notarios dejaban de continuar semejante revocacion siempre que se tratase de disposiciones que el derecho califica con aquel nombre, habiéndose formado en este punto una jurisprudencia tan uniforme como lo es la doctrina de los autores catalanes que de él se han ocupado.

Cancer (1) reconoce la necesidad de la especial renovacion en el segundo testamento hecho en favor de personas extrañas, de suerte que el primero, ó sea el otorgado en favor de los hijos, no quedará revocado aunque en aquel dijese el testador que queria que valiese no obstante cualquier otro testamento anterior; pero añade que si el segundo testamento fuese tambien *inter liberos* y más favorable á dichos hijos que el anterior, entonces el segundo revocaria el primero aunque no hiciese ninguna mencion de éste.

Fontanella (2) presenta el caso de un testador que otorgó un testamento solemne *inter liberos* en presencia del notario y testigos, y á su muerte se encontró otro de fecha posterior y escrito de su mano con arreglo al privilegio concedido por la Novela 107, aunque sin contener especial revocacion del primero; y con este motivo dice el citado autor

---

(1) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4, N.° 9.
(2) *Decision* 203.

que habiéndose promovido litigio, resolvió la antigua Audiencia de Cataluña en favor del segundo testamento porque este era más favorable á los hijos, y porque el testamento *inter liberos*, aunque sea imperfecto, es un verdadero testamento que debe surtir los efectos de tal, concluyendo el propio autor con estas notables palabras: «Justo es que »se exija la especial revocacion del testamento *inter liberos* cuando el »segundo es en favor de extraños, porque esto redunda en beneficio »de los hijos que la Ley trata de favorecer: pero cuando los dos testa»mentos son de aquella clase y el segundo es mas favorable á los hijos, »el exigir semejante requisito es contrario á la razon, ya que cedería »en perjuicio de aquellos cuya utilidad debe ser preferentemente »atendida.»

Comes (1) adopta, aunque sin darles tanta extension, los mismos principios expuestos por los citados autores.

Pero si esta es la opinion doctrinal en tan interesante materia, muy distinta es la inteligencia que ha venido á darle el Tribunal Supremo en varias sentencias que contienen sobre el particular declaraciones harto claras y explícitas para que pueda considerarse hoy dudosa la cuestion, á lo ménos bajo el punto de vista de la jurisprudencia. Mencionaremos las principales decisiones y las declaraciones hechas por aquel alto Tribunal.—En la sentencia de 17 de Diciembre de 1860 se establece el principio de que «en Cataluña los testamentos á favor de »los hijos, aunque exentos de toda clase de formalidades externas, sólo »pueden revocarse por otros perfectos y solemnes y en los que se haya »hecho terminante mencion de ellos, conforme á lo que prescriben la »Novela 107 de Justiniano y otras disposiciones vigentes en el princi»pado.»—Igual principio se consigna en la de 23 de Setiembre de 1864, de cuyos fundamentos se desprende además que la necesidad de la especial revocacion del testamento *inter liberos* no sufre excepcion por la sola circunstancia de ser *sacramental* el segundo testamento que se otorgue, ya que este testamento, que por privilegio pueden usar los ciudadanos de Barcelona, sólo está dispensado de algunas formas externas pero nó de las condiciones esenciales de la institucion.—En la de 11 de Octubre de 1869 se declara tambien «que el testamento *inter »liberos* no se deroga sino por otro en que concurra la circunstancia »de especial revocacion; y que la falta de institucion directa y en pri»mer grado de los hijos de la testadora, ni la de no señalarles la por»cion hereditaria en que los instituia, ni el haber instituido á su mari»do, son bastantes para quitar al testamento la cualidad de *inter libe»ros*.»—Más explícita áun la de 28 de Diciembre de 1874, declara «que »segun la Novela 107 de Justiniano, vigente en Cataluña, y la jurispru»dencia á su tenor establecida por este Tribunal Supremo, el testamen-

(1) *Viridarium artis notariatus.*

»to en que el padre dispone de sus bienes á favor de sus hijos no se »*desata* y prevalece y subsiste aunque otorgue despues otro, si en éste »no expresa claramente que quiere revocar y anular el primero; y que »el testamento de que en el pleito se trata, hecho *inter liberos*, no ha »sido revocado expresamente por el sacramental que con posterioridad »y poco ántes de morir otorgó el testador; revocacion que era indis»pensable para desatar y anular el primero, aunque el último tenga el »mismo carácter de *inter liberos*, puesto que la citada Novela ni la ju»risprudencia de este Tribunal Supremo hacen ni establecen la distin»cion que el recurrente supone.»—Finalmente, igual doctrina se establece y admite virtualmente en la sentencia de 18 de Enero de 1879 recaida en un pleito en que se trataba de dos testamentos, uno y otro *inter liberos* y el segundo contenia cláusula general derogatoria, apesar de la cual se declara válido y subsistente el primeramente otorgado y nulo y sin valor ni efecto el segundo por no contener la cláusula especial de derogacion.

Ante tan repetidas y uniformes declaraciones, creemos que debe hoy admitirse como inconcusa, bajo el punto de vista de la jurisprudencia, la doctrina de que un testamento *inter liberos* no queda revocado por otro posterior si en este no se consigna una especial revocacion de aquel, aunque el segundo testamento sea tambien *inter liberos.*

§ 586. **Testamentos con cláusulas derogatorias ó «ad cautelam».**— Estas cláusulas son las que pone el testador en su testamento, declarando su voluntad de que no sea válido ningun otro que pudiere otorgar en lo sucesivo, á no insertarse en él la expresion ó sentencia que indica.

Segun el derecho romano (1) no es necesario para que el segundo testamento rompa al primero que de éste se haga mencion en aquel, ni áun en el caso de que el primero contuviese cláusula derogatoria de toda voluntad posterior que no estuviese formalizada en tal ó cual forma ó no contuviese determinada frase ó expresion, pues como decian los romanos *nemo eam sibi potest legem dicere, ut á priore ei recedere non liceat.*

En contraposicion con el derecho romano se ha establecido la práctica moderna, apoyada por la doctrina de algunos autores y muy especialmente por la Ley 22 del Título 1.°, Partida VI, en la cual se dispone que el testamento que contiene cláusula derogatoria no quedará revocado por otro posterior, á ménos que el testador dijese en éste *señaladamente* que revocaba el anterior, ó que no obstasen al último las palabras que hubiese dicho en aquel. Del texto de esta ley se ha querido deducir que cuando el testador pone en su testamento una cláusula en

(1) Ley 6, § 2, Dig. *De jure codic.*, XXIX, 7.— Ley 89, prœ Dig. II *De legatis.*— Ley 22, prœ Dig., III, *De legatis.*— Ley 27, Cod. *De testam.*, VI, 23.

que inserta ciertas palabras, diciendo que no pueda revocarse por otro si no se repiten las mismas palabras, no debe prevalecer, faltando éstas, el segundo testamento, sino que debe subsistir el primero; pero contra esta interpretacion rigurosa de la Ley ha venido la doctrina sentada por el Tribunal Supremo explícitamente manifestada en varios fallos de los que recordaremos los dos de más interés. En sentencia de 22 de Junio de 1855 declaró: «que el hombre puede variar su voluntad hasta la muerte y que cualquiera excepcion de este principio debe interpretarse en sentido restrictivo, como todo lo que tienda á coartar el libre ejercicio de tan importante derecho; y que áun que se halle restringido este principio legal por la excepcion contenida en la Ley 22, Tít. 1.°, Part. 6.ª, de que valga el primer testamento y nó los posteriores cuando el testador expresa que quiere que prevalezca para siempre, puede sin embargo derogarlo, como la misma ley permite, cuando en otro posterior lo revoca *señaladamente* y dice que no estorben para el nuevo testamento las palabras que dijera en el primero, sin necesidad de copiar literalmente las que fueren, pues la Ley no exige esta circunstancia, que tanto restringiria la libre voluntad de testar.» En otro fallo de 8 de Mayo de 1866 sentó la misma doctrina al consignar «que la irrevocabilidad de los testamentos sólo puede desaparecer por la expresa voluntad del testador, y que en el caso de autos léjos de decir la testadora que revocaba *señaladamente* el testamento anterior, sólo continuó la cláusula general y usual de revocacion de otro cualquiera nuncupativo ó *in scriptis* y cualquiera otra disposicion testamentaria que ántes hubiese otorgado, sin hacer por estas palabras especial referencia al anterior que contenia la cláusula expresa de irrevocabilidad.» — Pueden además verse sobre esta importante materia las sentencias de 7 de Mayo y 1.° de Octubre de 1860, 26 de Marzo, 14 de Mayo y 19 de Octubre de 1861, 18 de Junio de 1866, 22 de Febrero de 1868, 7 de Diciembre de 1869, 27 de Noviembre de 1872 y 29 de Noviembre de 1876.

De las declaraciones del Tribunal Supremo ántes indicadas, se deduce la inconcusa doctrina de no ser necesaria la reproduccion textual de la cláusula *ad cautelam*, sino solamente la revocacion del testamento que las contenga, haciéndose mencion *señalada* de él ó expresándose que no perjudiquen las palabras consignadas, aunque no se mencionen ni se diga cuáles sean. Esta interpretacion está conforme con la que expone Cancer (1), el cual dice que no basta hacer mencion genérica de la cláusula derogatoria, sino que debe hacerse mencion determinada ó especifica, aunque no exacta y concreta (*licet non in individuo*); añadiendo, sin embargo, que esto no tendrá lugar cuando no exista presuncion racional de que el testador haya olvidado la fórmula de la cláusula revocatoria.

(1) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. IV. N.° 10.

TITULO IV.

DE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA Y DEL CUMPLIMIENTO DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES.

CAPÍTULO 1.°

DE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA EN GENERAL.

§ 587. **Principios que regulan esta materia.** — No existen disposiciones particulares de Cataluña sobre este importante punto. En su defecto se observan las romanas.

Segun ellas, la adquisicion de la herencia es un hecho necesario ó un acto voluntario. Los llamados herederos suyos, es decir, los hijos que estaban sujetos á la potestad del difunto, adquieren la herencia testamentaria ó ab-intestato desde el momento de la muerte del segundo, aunque sean infantes ó locos (1); á no ser que fuesen instituidos bajo la condicion *si quisieren*, en cuyo caso no adquieren la herencia sino manifestando su voluntad (2).

Cuando no se hayan mezclado en la herencia, pueden utilizar el beneficio de la *abstencion*, en cuya virtud se considera que no son herederos, y por consiguiente no están obligados al pago de legados y deudas. La abstencion no invalida el testamento (3).

Consecuencia del principio de adquirir los herederos suyos la heren-

---

(1) §§ 2, Inst. *De heredem qualitate et differentia*, II, 19.—§§ 2, 3 y 8, Inst. *De heredi., quæ ad intest. defer.*, III, 1 — Ley 7, § 2, Cod. *De curatori furiosi*, V, 70.—Ley 15, Dig. *De liberis et postumis*, XXVIII, 2.— Ley 14, Dig. *De suis et legit. hered.*, XXXVIII, 16.

(2) Ley 86, Dig. *De heredi. instit.*, XXVIII, 5. — Ley 12, Dig. *De conditio. institut.*, XXVIII, 7.

(3) Ley 12, proe. Dig. *De interrogat. in jure*. XI, 1.—Ley 20 § 4; Ley 57 proe; Ley 89, Dig. *Ut in posses. legat.*, XXXVI, 4.— Ley 71, § 3; Leyes 91 y 99 Dig. *De adquirend. vel omit. hered.*, XXIX, 2.

cia *ipso jure*, es la de que la trasmiten á sus herederos, aunque no la hayan adido ni hayan verificado acto alguno de heredero (1).

Los demás herederos para adquirir la herencia han de manifestar expresamente que la aceptan (*adicion*), ó ejecutar actos que demuestren su voluntad de ser herederos (*gestionar como herederos*) (2). La adicion no puede hacerse en parte ni bajo condicion (3), y sólo puede destruirse en virtud de restitucion por entero fundada en causa de menor edad (4). Sin embargo, en Barcelona y demás poblaciones que gozan del *Recognoverunt proceres* el Cap. 3.° de este privilegio permite al heredero renunciar la herencia adida, mas sin que pueda hacer detraccion alguna, á no ser que para ello tenga justa causa (5).

Del mismo modo los herederos de que nos ocupamos pueden rehusar la herencia expresada (*repudiacion*) ó tácitamente *omision de la herencia* (6). El primer acto es irrevocable, de modo que despues de verificado no puede hacerse la adicion, de cuyo acto depende la fuerza del testamento. En Barcelona, en virtud del Privilegio de Pedro III, que constituye el Título 1.° del Lib. VI, Vol. 2.° de la compilacion de Cataluña (7), se sostienen los legados y demás disposiciones del testamento cuando el heredero no admite la herencia, ó habiéndola admitido la repudia.

Mientras el heredero no acepta, expresa ó tácitamente, la herencia se llama *yacente*, representa al difunto y se administra por un curador (8).

No exponemos el modo de verificar la aceptacion y renuncia, ni enumeramos las personas que no pueden hacerlo, pues observándose el derecho romano queda dicho que el vigente en Cataluña no ofrece particularidad.

Las acciones hereditarias se extinguen á los 30 años, término comun de la prescripcion segun el Usatge *Omnes causæ*.

---

(1) Ley 3, Cod. *De jure deliber.*, VII, 30.

(2) Omitimos la cita de los textos, por referirse á un punto que no ofrece duda alguna.

(3) Leyes 1, 2 y 51, § 2; Ley 52, § 1; Ley 53, Dig. *De adquirend., vel omit. hered.*, XXIX, 2.

(4) § 6, Inst. *De hered. qual. et diff.*, II, 19.

(5) *Item quod heres potest aditam hereditatem repudiare, sine diminutione tamen hereditatis, nisi habeat iustam causam retentionis.*

(6) Tits. del Cod., *De jure deliber.* VI, 30, y *De repudian. vel abstinend. hered.*, VI, 31. —Ley 95, Dig. *De adquirend, vel omit. hered.*, XXIX, 2.—Ley 1, § 1, Dig. *Ut in posses. legat.*, XXXVI, 4.

(7) Transcrita en la página 380.

(8) Existen muchas disposiciones romanas sobre este punto.

CAPITULO 2.º

DE LOS EFECTOS DE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA.

SECCION 1.ª

PREVENCIONES GENERALES.

§ 588. **Legislacion que los regula.** — Tambien los efectos de la adquisicion de la herencia están regulados por las disposiciones romanas. Existen los beneficios de deliberar y de inventario.

SECCION 2.ª

DEL INVENTARIO.

§ 589. **De la toma de inventario y sus efectos.** — En Cataluña no se han observado las disposiciones romanas que á más de exigir la formacion del inventario ante un *tabullarius*, mandaban que se hiciese con la asistencia de todas las personas interesadas en el testamento, ó sean los legatarios y acreedores, y en su defecto de tres testigos. Se observan las demás prevenciones, y entre ellas la de principiarlo dentro de 30 dias de aquel en que el heredero supo que se le habia deferido la herencia, y concluirle dentro de los 60, á no ser que estuviere ausente, en cuyo caso tiene el plazo de un año: de lo contrario no aprovecha para los efectos del beneficio de su nombre.

El inventario no sólo tiene importancia para la separacion de los patrimonios del difunto y del heredero, sino para la detraccion de las cuartas trebeliánica y falcidia (1), á cuyo fin es indispensable haberlo hecho debidamente.

A este objeto están consagradas las tres Constituciones del Tít. 8.º (*Del inventari faedor de lo hereu*), Lib. VI, Vol. 1.º. La 1.ª (2), para quitar toda duda, dice, sobre si el heredero gravado con la obligacion de restituir la herencia, ya lo sea puramente ó por tiempo ó bajo condicion, pierde el derecho de detraer la cuarta trebeliánica por no tomar inventario al aceptar la herencia, manda que dicho heredero *deba y esté obli-*

---

(1) Novel. I, Caps. 2, § 2. (Habla de la falcidia.)

(2) Felipe, príncipe y lugarteniente general de Cárlos, en las primeras Córtes de Monzon, año 1547, Cap. 55.

gado en la aceptacion de la herencia, y dentro del tiempo determinado por el derecho comun á formar inventario de todos los bienes que constituyan la herencia, llamando y citando especialmente al fideicomisario si estuviere en el lugar de la herencia ó de su mayor parte; y si estuviere ausente ó citado no concurriese en el dia al efecto señalado deberá el heredero tomar el inventario con intervencion de dos personas que elegirá el Juez del expresado lugar. Dicha ley castiga la inobservancia de sus preceptos con la prohibicion de detraer la cuarta trebeliánica en la restitucion de la herencia, y con la facultad concedida al fideicomisario de poder jurar *in litem* contra el heredero ó sus sucesores por los bienes hereditarios que enagenaron.

La Constitucion siguiente (1) mandó que el referido inventario ha de ser autorizado por el notario que el heredero elija. La 3.ª y última del mismo título (2) previno que la primera se observase por los hijos de primer grado, de modo que así ellos como otros cualesquiera perdiesen las cuartas trebeliánica y falcidia si no hicieren el inventario dentro del tiempo señalado en las leyes de Cataluña y en el derecho comun.

Estas importantes leyes no se observaron. Cancer (3) asegura que ya *era práctica* el no citar á los acreedores, legatarios y fideicomisarios, tomándose el inventario ante el notario y testigos y sin citacion de persona alguna, sosteniéndose como formalizado con arreglo á derecho; si bien los fideicomisarios, legatarios y acreedores podrian redargüirlo de diminuto ó de otro vicio, pues no les perjudica. De tal modo, añade, que áun no observándose la forma de tomar inventario prevenida en la ley final del Código *De jure deliberandi*, no se pierde el derecho á la cuarta trebeliánica.

El jurisconsulto Fontanella (4) y el escritor de Notaría Gibert (5), confirman lo dicho por Cancer. En nuestros dias el Sr. Vives y Cebriá (6), refiriéndolo, añade: «Efectivamente esta es la práctica, de modo que »todos absolutamente los inventarios se toman sin más solemnidades, »en tanto que aun cuando alguna vez se acuda á la autoridad judicial »para la toma de dicho inventario á instancia de alguno de los intere»sados por algun motivo especial, como el de resistencia de los que »están en la casa ó temor de que oculten alguna cosa, se toma regu»larmente tambien sin prévia citacion de los acreedores y legatarios.» Añade que habiéndose promovido dos litigios sobre si procedia ó no la detraccion de la cuarta trebeliánica no habiéndose tomado el inventa-

(1) El mismo, en las segundas Córtes de Monzon, año 1553, Cap. 1.º
(2) Felipe II, en las primeras Cortes de Barcelona, año 1599, Cap. 28.
(3) *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 2.º, Ns. 66 y 69.
(4) *De pactis nup.*, Claus. VII, Glos. 5.ª, Part. 2.ª; N.º 45.
(5) *Theorica artis notariæ*, Part. 2.ª, Cap. 1.º, Tit. 11.
(6) Nota 1.ª al citado título de las *Constituciones de Cataluña*.

rio del modo prevenido en las mencionadas constituciones, la Audiencia los falló á favor del heredero gravado.

En su virtud, sólo cuando el heredero no tome el inventario ante notario y dos testigos, perderá el derecho á las cuartas trebeliánica y falcidia.

De la segunda habla la Constitucion tercera del expresado título, con referencia á los hijos. Bueno será repetir la observacion hecha por Cancer (1) de que por la falta de formalidad en la toma de inventario, ó su completa omision, los hijos no pierden el derecho á detraer ó reclamar la legítima.

En Barcelona y territorio de su antiguo veguerío, además de esta costumbre comun al principado, existe el Privilegio concedido por don Jaime II en Lérida á 4 de las kalendas de Julio de 1317, que forma el Tít. 4.° *(De inventaris)* del Lib. VI, Vol. 2.°. Confirma la *observancia guardada sin contradiccion* de que los inventarios formados por los tutores y curadores sin convocacion de los acreedores y legatarios, se tienen como hechos *rite* y legítimamente para que los pupilos ó menores no respondan *ultra vires hereditatis* y en *todas cosas*, es decir, para cualquier otro efecto.

El Sr. Vives y Cebriá (2) refiere el modo especialísimo como en Tortosa se toma el inventario.

Para la formacion de inventarios cuando se hubiere promovido un juicio de testamentaria, deben observarse las disposiciones contenidas en los artículos 427 á 432 y 499 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Para terminar lo referente á la toma de inventario, diremos que para cumplir con las prevenciones de la Ley Hipotecaria y las complementarias que se han publicado, siempre que el heredero esté gravado de restitucion deberá practicar el inventario con la asistencia ó aprobacion de los sustitutos; por falta de este requisito se deniega la inscripcion en el Registro. El inventario no debe confundirse con la escritura de descripcion de bienes inmuebles y derechos reales que para el exclusivo objeto de la inscripcion en el Registro otorgue un heredero.

En todo lo no expresado, deben cumplirse las prevenciones contenidas en las leyes romanas.

SECCION 3.ª

DE LA TRASMISION DE LA HERENCIA.

§ 590. **Derecho vigente.**—Lo está el romano, sin variacion alguna. Cancer consagra á esta materia un capítulo (3) de su obra *Variarum resolutionum.*

---

(1) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3.°, N.° 67; y Part. 3.ª, Cap. 2.°, N.° 104.
(2) Nota 1.ª al Tít. 7.°, Lib. VI, Vol. 1.° de las *Constituciones de Cataluña.*
(3) 21 de la 3.ª parte.

El principio general de que la herencia no adida no se trasmite, á más de la excepcion respecto los herederos suyos que faltan sin verificar aquel acto, tiene las de los descendentes instituidos por un ascendiente; la del heredero que no ha podido verificar la adicion por tener un impedimiento legal ó estar ausente en servicio del Estado; la del infante fallecido sin que su padre haya adido la herencia, y la del fallecido durante el plazo concedido para deliberar.

Consecuencia de esto es que el llamado á la sucesion por fallecimiento del heredero que trasmite su derecho, excluye á todos. La Ley 72 Dig. *De adquieren. vel omit. hered.*, XXIX, 2.ª, de la cual se deduce lo contrario, es anterior á las disposiciones que establecieron las mencionadas trasmisiones.

Para que estas se verifiquen es indispensable que la herencia se haya deferido, es decir, que el heredero haya adquirido derecho á la sucecion (1); principio que, como hemos dicho, ha sido aplicado por el Tribunal Supremo á los casos de sustituciones en que los hijos fueron puestos en condicion.

SECCION 4.ª

DEL DERECHO DE ACRECER.

§ 591. **Disposiciones vigentes.** — Lo están, sin variacion alguna, las del derecho romano justinianeo, por cuyo motivo y por no haber recaido decisiones del Tribunal Supremo sobre este punto, no las detallamos.

SECCION 5.ª

DE LA COLACION.

§ 592. **Derecho vigente.** — Tampoco existen disposiciones particulares de Cataluña sobre esta interesante materia. Su silencio es suplido por las leyes romanas.

Tiene importancia práctica la colacion de las donaciones otorgadas en capitulaciones matrimoniales.

SECCION 6.ª

DE LOS BIENES RESERVABLES.

§ 593. **Disposiciones vigentes.** — Es en virtud de las leyes romanas que el viudo ó viuda al contraer segundo matrimonio pierde

---

(1) Ley 81, Dig. *De adquierend. vel omit. hered.*, XXIX, 2. y demás que establecen la trasmision. — Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Octubre de 1867.

la propiedad de todo lo que por herencia ú otro título lucrativo adquirió del conyuge premuerto, y de todo lo que le provino de herencia intestada de un hijo del anterior matrimonio, pasando á los hijos comunes de ambos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de Octubre de 1858, declaró que los bienes anteriormente vinculados no están exceptuados de la reserva.

Deben observarse las disposiciones de la Ley Hipotecaria y demás complementarias sobre la obligacion de constituir hipoteca por los bienes reservables.

CAPÍTULO 3.º

DE LOS ALBACEAS.

§ 594. **Clases de albaceas.**—Los albaceas ó ejecutores testamentarios se llaman *marmesors*. Unos son particulares, y otros universales.

Los primeros se limitan á lo referente al entierro, á los funerales y sufragios, pudiendo cumplir algun legado piadoso cuando expresamente se les encarga por el testador. Su nombramiento no es necesario, pues en su defecto el heredero cumple las disposiciones piadosas del difunto (1).

Los segundos son nombrados cuando se instituye heredero á Dios, al alma (2), á los pobres ó á algun lugar pío, para que distribuyan la herencia del modo expresado en el testamento mismo. Esta limitacion les distingue de los herederos de confianza.

§ 595. **¿Quiénes pueden ser albaceas?**—Pueden serlo las mujeres y los varones mayores de 17 años (3).

¿Puede serlo el confesor en la última enfermedad? El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de Junio de 1864 recaida en pleito de la Audiencia de Valencia, declaró: «Que las prohibiciones contenidas en la Real »Cédula de 30 de Mayo de 1830, comprensiva del auto 3.º, Tít. 18, »Lib. 5.º de la Novísima Recopilacion y de todo lo demás que sobre la »propia materia se habia mandado y resuelto posteriormente á propuesta »del Supremo Consejo de Castilla, no pueden ni deben ser aplicadas

(1) Caps. 3 y 6, Decret. *De testament.* III, 26.—Novel. 131, Cap 12.—Ley 12, § 4, Dig., *De religio.*

(2) Esta institucion, fundada en las leyes canónicas, ha sido considerada válida en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 1864 y declarada expresamente tal en la de 24 de Diciembre de 1866.

(3) Porque pueden ser apoderados.

»sino en su tenor literal, ya porque así señaladamente lo propuso y »obtuvo el Consejo, ya porque desde un principio manifestó temores »de ir tan allá como sería conveniente, y ya, en fin, porque despues »nunca propuso la providencia general que primeramente indicaba »como provechosa, sino que se concretó á los casos que la Real Cédula »expresa, en ninguno de los cuales se hallaba comprendido el alba»ceazgo que N. confirió á su confesor N., porque ni aparece que me»diase manda ó institucion de heredero ó encargo de sufragios, ni »aquel cometido implicaba la precision de ninguna de tales cosas.» En sentencia de 15 de Diciembre de 1865, recaida en un litigio fallado por la misma Audiencia de Valencia, dijo: «Resultando que ante los mis»mos testigos otorgó N. un codicilo y por él anuló la institucion de »heredero hecha en el testamento, disponiendo en su lugar que des»pues de cumplidas todas las cargas expresadas en aquel se incautasen »sus albaceas del remanente de sus bienes, y reduciendo estos á metá»lico, entregarán á cada uno de sus hermanos 50 libras, y si algo res»tase, lo invirtieran en misas rezadas á razon de 6 rs. de limosna, por »los sacerdotes existentes en la parroquia de aquella Universidad;»— »Considerando que entre las prohibiciones de las expresadas Ley recopi»lada y Real Cédula de 1830 no se halla comprendida la de nombrar alba»cea al confesor en la última enfermedad, segun lo tiene ya declarado »este Supremo Tribunal; y que mucho ménos puede estarlo en el presente »caso respecto de N., que desempeñó aquel cargo, nó á virtud de nom»bramiento personal que en él hiciese, sino por la circunstancia even»tual de haber fallecido en el pueblo de A. del que N. era cura-pár»roco, con arreglo á lo prevenido por el mismo X. en su testamento »de..,..» Finalmente la sentencia de 24 de Diciembre de 1866 es refe»rente al antiguo principado; en ella se lee: «Resultando que N. falle»ció..... con testamento cerrado de..... en que nombró albaceas ejecu»tores al presbítero N. actual demandante y recurrente, y á R, á los »cuales, *juntos y á solas*, dió poder para ejecutarlo, nombrando here»dero á Dios Nuestro Señor y á su alma, sobre lo cual dispondrian »sus albaceos segun la confianza que de palabra les tenia hecha.»— «Resultando que el demandante confesó haber sido confesor de la tes»tadora cuando otorgo el testamento y en la última enfermedad...» —«Considerando que en las prohibiciones de la Ley 15, Tit. 20, Lib. 10 »de la Novísima Recopilacion y de la Real Cédula citada no se halla »comprendida la de nombrar albacea al confesor del testador en su »última enfermedad como lo tiene declarado este Tribunal Supremo »en sentencias de 18 de Junio de 1864 y 15 de Diciembre de 1865.»— »Considerando que el fin de dichas leyes, como en las mismas se »expresa, ha sido *evitar las persecuciones, sugestiones y fraudes con que »puede turbarse al enfermo y truncar su voluntad contra la afeccion dictada »por la naturaleza en favor de la propia familia*, de donde se deduce que

»se debe impedir todo lo que tienda á la realizacion de estos temores, »y permitirse cualquier disposicion que no sea notoriamente contraria »á dichos fines.» —«Considerando, por consiguiente, que es necesario »en cada caso concreto atender á las circunstancias especiales del »cargo que se hubiere conferido al confesor para deducir si por la »extension y sigilo de sus facultades puede temerse el abuso y la infrac»cion del precepto legal.»

Esta sentencia desvanece cualquiera duda que pudiera ocurrir. En ella no se ventiló la cuestion de si el albacea universal que tiene derecho á remuneracion, segun indicaremos, y no la renuncia, debe ser considerado legatario para los efectos de las mencionadas Ley recopilada y Real Cédula.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de Diciembre de 1866, declaró que la circunstancia de escribir un albacea el testamento en que se le nombra, no induce por sí sola nulidad si no concurren otras que prueben haberse falseado la libre voluntad del testador, segun se deduce de las leyes del Digesto, y entre ellas el Senado consulto Liboniano y de la doctrina consignada en sentencia del propio Tribunal de 16 de Enero de 1861. Esta doctrina es conforme á la sentada en la sentencia de 20 de Octubre de 1865.

En la de 24 de Diciembre de 1867 se declara que «limitándose las leyes romanas que se citan á establecer que se tengan por no puestas en el testamento las cláusulas favorables al heredero, legatario ó albacea que los escribiese, la sentencia que al absolver de la demanda, declara implicitamente válida la institucion relativa á los demás herederos de confianza, excluyendo al que escribió el testamento no ha infringido el expresado precepto legal.»

Segun el Capítulo 2.ª del 6.° de las Decretales *De testamentis*, III, 11, el único de las Clementinas *Eod.*, III, 5 y el Cap. 4.° del Concilio Tridentino *De reform.*, Ses. 25, los religiosos profesos sólo pueden ser albaceas con permiso de su superior. Los clérigos pueden serlo libremente, áun en union de láicos (1).

Los albaceas pueden rehusar el encargo que se les hizo (2) pero están obligados á cumplirlo cuando lo aceptaron expresa (3) ó tacitamente, lo cual se entiende cuando aceptaron un legado, pues reconoció la voluntad del testador (4) y especialmente si hubiesen satisfecho algun legado ó cualquier otro encargo de los que el testador les confirió (5).

---

(1) Cortiada. Decis, 280, N.° 11.

(2) Cancer. *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 7.°, N.° 30.—Cortiada, Decis, 278 N.° 28.

(3) Cap. 19. Decret. *De testamentis*. III. 26. —Cap. 2.° apartado *Sane*, in 6.° Decret. Eod., III, 11.—Ley 12, «Dig. *De relig. et sumpt funer.* — Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IV, Glos. 10., Part. 1.°, Ns. 128 y siguientes.

(4) Los autores lo deducen por analogía de lo dispuesto para el nombramiento de tutor (Ley 1.ª Dig. *Ubi pupill educar.*)

(5) Deducese del Cap. 19 de las Decretales *De testamentis*, III, 25.

La anulacion del testamento por pretericion ó desheredacion, no destruye el nombramiento de albacea (1).

§ 596. Cumplimiento del encargo.—Autoridades que pueden promoverlo.—Los albaceas universales tienen la consideracion de herederos (2), y por consiguiente les competen las acciones activas y pasivas. El Capítulo único de las Clementinas *De testamentis*, III, 5, les impone la obligacion de tomar inventario y de rendir cuenta de lo percibido y de su inversion, aunque de ello les hubiere relevado el testador (3).

Los albaceas deben cumplir su encargo dentro del plazo fijado por el testador (4). Cuando no lo haya señalado, aquellos no podrán diferir el cumplimiento desde que sea posible, y por lo tanto deberán ejecutar desde luego la entrega de una cosa que exista en la herencia (5). Si no lo hicieren, los jueces eclesiásticos y seculares pueden amonestarlos al cumplimiento; y si á pesar de ello dejaren trascurrir un año sin verificarlo (6), los mencionados jueces están facultados para realizarlo áun que el testador lo hubiere prohibido. Los Capítulos 3, 6 y 17 de las Decretales, *De testamentis*, III, 26, así lo disponen hablando del Juez eclesiástico; pero es importantísima la Concordia celebrada entre el rey D. Jaime II y Pablo, obispo de Barcelona, en 5 de las kalendas de Octubre de 1313, que forma el Título 2.° del Libro VI, Vol. 2.° de la Compilacion catalana. Traducida, dice así:

« Sepan todos que habiéndose movido cuestion entre el fuero ecle- »siástico y seglar de Barcelona sobre si el segundo podia conocer »de los legados hechos por causas pias, asegurando el eclesiástico que »sólo á él le pertenecia; para remover las dificultades que ocurrian »por las cuestiones sobre la competencia para el conocimiento y eje- »cucion de los testamentos y demás cosas dejadas á pias causas, con »grave daño de las almas de los difuntos y con gran escándalo y daño »de los vivos, se otorgó una concordia entre el Iltre. D. Jaime, por la »gracia de Dios, etc. y el Rdo. en Cristo Poncio, por la gracia de Dios, »Obispo de Barcelona, por sí y sus sucesores, que si la curia seglar »fuese especial y expresamente requerida sobre las cosas dejadas para »las causas pias, pueda intervenir, conocer, decidir y ejecutar, mien- »tras que los albaceas y ejecutores de los testamentos y los testadores »sean de fuero seglar, si la curia seglar fuere requerida ántes que la

---

(1) Novel. 115. Cap. 3.°, al fin.

(2) Ley 49, § 4.° Cod. *De episcop. et cleri.*, I, 3.

(3) Véase la Concordia que más adelante se trascribe.

(4) Autentica *Hoc amplius*, Cod. *De fideicom.* VI, 42.

(5) Como para los legados disponen las leyes 47 y 71, Dig. 1.° *De legat.*, XXX.

(6) La Novela 131, Cap. 12, dispone que los legados piadosos deban cumplirse dentro del medio año.

»eclesiástica. De modo que si la curia seglar hiciere una investigacion »general sobre las cosas dejadas para las pias causas, ya en un testa- »mento, ya en varios, y la curia eclesiástica fuese requerida singular- »mente ántes que el querellante hubiese acudido del mismo modo á la »curia seglar, dicha curia eclesiástica primeramente requerida pueda »pasar desde luego á conocer y ejecutar por censura eclesiástica, no »obstante que la curia seglar hubiera hecho investigacion general res- »pecto del albaceazgo sobre la cual hubiere recaido la querella espe- »cial y expresa. Pero si la curia eclesiástica fuese especial y expresa- »mente requerida, ella sola conozca y decida, y con la censura ecle- »siástica ejecute sin impedimento alguno de dicha curia seglar, con la »expresa adicion y condicion que ninguna de las curias cometa en ello »fraude sinó que en las cosas expresadas la una ayude á la otra si fue- »re necesario. Por lo dicho, no se entienda derogado en cosa alguna »al mencionado Sr. Obispo y sus sucesores el derecho de que puedan, »ya visitando las iglesias parroquiales de la ciudad y diócesis de Bar- »celona, ya de oficio sin visita, inquirir y proceder de un modo gene- »ral, segun de derecho le corresponde, contra los albaceas ejecutores »de los testamentos y herederos que sean negligentes en cumplir los »legados para causas pias y votos pios de los testamentos, y obligarles »por censura eclesiástica á dar cuenta de las dichas cosas, y puedan »proceder contra ellos y hacer las moniciones generales y en el dia de »la cena del Señor (1), de modo, empero, que por estas inquisiciones »de oficio no pueda impedir el Obispo que la curia intervenga, conoz- »ca, decida y ejecute en y sobre los negocios por los cuales fuere »primeramente requerida, como se ha dicho: y para perpétua memo- »ria, etc.»

El diocesano de Barcelona tiene un *Tribunal de testamentos*, especial para conocer de los asuntos indicados.

Es importantísima la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril »de 1876, en la cual dijo: «Considerando que, conforme á la Constitu- »cion 1.ª, Tít. 2.º, Lib. 6.º, Vol. 2.º de las de Cataluña; á las leyes 28 »y 46 del Código; á la Novela 131, cap. 11, y á la ley 7.ª tít. 10 de la »Partida 6.ª, el Tribunal de testamentos y causas pias de Barcelona ejer »ció un acto de legítima competencia (2) nombrando en su sentencia de

(1) El Sr. Vives y Cebriá en la Nota 2.ª á esta Concordia, dice: «Es de advertir res- »pecto á los monitorios que se fundan en las censuras *In cœna Domini*, que éstas no »son admitidas en España y que al contrario son suplicadas y retenidas en todo lo »perjudicial á las regalías, Leyes 8 y 9. Tít. 3, Lib. 2 de la Novis. con sus notas, que »son posteriores al Decreto de Nueva Planta, en cuyo artículo 41 se reserva S. M. to- »das las regalías, y en el 42 aprueba las *Constituciones de Cataluña* en todo lo que no »está prevenido en los artículos anteriores.»

(2) En el Resultando 12º se consigna que los demandantes alegaron que los asun- tos de causas pias son por su naturaleza propios de la jurisdiccion eclesiástica, de

»10 de Agosto de 1870 á N. presbítero ecónomo de la villa de ....., á N. »y N., albaceas y herederos de confianza, nato el primero y subroga- »dos los dos últimos, de D.ª M.; puesto que fallecida ésta en el año 1842 »se hallaba todavía á la fecha de dicha sentencia pendiente de cumpli- »miento su última voluntad en cuanto á lo pío, y carecia su herencia »de la representacion que debia llevarla á efecto por haber fallecido »dos de los tres ejecutores herederos de confianza que la testadora ha- »bia designado en su testamento de 25 de Agosto de 1834, y en su co- »dicilo de 14 de Diciembre de 1842;»—«Considerando que por tanto la »sentencia recurrida, (1) que niega personalidad á los albaceas y he- »rederos de confianza así legítimamente nombrados (2) para comparecer »y demandar ante los Tribunales del fuero comun, en los términos que »han tenido por conveniente, la nulidad de los actos que segun su »apreciacion contrarian la voluntad de la testadora y lo demás que »juzguen necesario para ejecutarla como se les ha encomendado, in- »fringe las leyes citadas en el considerando anterior.»

Es tambien digna de ser conocida la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1865. El Juzgado y la Audiencia habian removido á dos albaceas, y uno de ellos interpuso recurso, citando la siguiente infraccion: «Con la aplicacion de las Leyes de Partida, consideradas como »derecho supletorio de Cataluña, la Constitucion única, Tit. 30, Lib. I »de los Usatges, y con la de las demás citadas, las mismas leyes, por- »que en el caso de aplicarse la Decretal en sus Capítulos 3.° y 6.°, la »ejecucion del testamento deberia dejarse al Obispo, debiendo venir »de éste la interdiccion de lo dejado por el testador, y las Novelas »no se referian al caso de que se trataba en autos»—El otro albacea interpuso tambien recurso y alegó la siguiente infraccion: «El princi- »pio legal de que cuando falta lo totalidad de los albaceas ó el número »de ellos que sea necesario para la ejecucion de la voluntad del testador, »se ha de proveer á su reemplazo ó subrogacion por la autoridad judi- »cial, para lo cual estaban dictadas la citada Ley 28 Código, *De Episcop,* »*et Cleri.*, y la Constitucion 1.ª, Tit. 2.°, Lib VI, Vol. 2.° de las de Cata- »luña; leyes que se habian infringido además en el modo de hacerse el »reemplazo, porque con arreglo á ellas el nombramiento de nuevos »albaceas correspondia al Juez eclesiástico ó secular á prevencion.»— Al resolver sobre estos puntos, el Tribunal dijo: «Considerando que las »disposiciones legales que se dicen infringidas, tanto respecto al dia en »que deba principiar á contarse el año del albaceazgo para que los al-

---

modo que aunque versaren entre legos se reputan del fuero mixto, pudiendo conocer á prevencion, de los mismos, así aquella jurisdiccion como la temporal, y que el decreto de unificacion de fueros no quitó á la Iglesia la jurisdiccion propia y natural que tenia para conocer de ciertos asuntos.

(1) Proferida por la Sala 1.ª de la Audiencia de Barcelona.

(2) Por el Tribunal de testamentos y causas pías del Obispado.

»baceas puedan ser removidos, cuanto sobre la intervencion en este »caso de los R. R. Obispos en el cumplimiento de los testamentos, sólo »podria tener lugar cuando se tratara de mandas piadosas, pero sin »que por estos se ejerciera jurisdiccion contenciosa; y que por tanto al »disponerse por la Sala sentenciadora la remocion de dichos albaceas, »y que pierdan lo que por el testamento debieran percibir, no ha in»fringido las expresadas disposiciones, las que tampoco podrian ser »aplicables.»

Los albaceas, ya sean universales ya particulares, no pueden obrar *in solidum* á no ser que el testador les haya facultado expresamente para ello. Deben proceder por mayoría, es decir, por el acuerdo de la mitad más uno si el número fuese impar y la mitad, si fuere par. De lo contrario habrá nulidad á no ser que algunos estuvieren en país remoto (1). Faltando todos ó el número necesario para tomar resoluciones y obrar, los Jueces eclesiástico ó secular procederán á su reemplazo (2).

El albacea que no cumpla su encargo, pierde lo que le correspondiere de la herencia del testador, excepto la legítima (3). La sentencia del Tribunal Supremo, últimamente citada, declaró que «ni las Decreta»les que se citan como infringidas (4) ni la Auténtica *Licet*, ni la Ley de »Partida previenen que para que los albaceas puedan ser condenados »á la pérdida de lo que el testador les señaló, sea indispensable que »precedan dos amonestaciones, sino una ó dos; y que aunque así lo »dispusieran, esto sólo tendria lugar cuando se tratara del cumpli»miento de mandas piadosas, mas nó del de otros legados, en cuyo caso »basta una sola, hecha en virtud de decreto judicial, que es lo que se »ha verificado en el presente pleito, y que por lo mismo no se han in»fringido las leyes ántes citadas, ni serian aplicables.»—«Conside»rando, á mayor abundamiento, que los albaceas que dejan trascurrir »el año del albaceazgo sin dar cumplimiento á su cometido y son se»parados por esta causa, por sentencia del Juez competente, del en»cargo, llevan la nota de negligentes é incurren en la pena de perder »lo que por el testamento debieran recibir.»

---

(1) Cap. fin. § fin. del 6.º de las Decretales, *De testamentis*, III, 11.—Cancer, *Var resol.*, Part. 1.ª, Cap. 7.º, N.º 21.

(2) Ley 28, Cod. *De episcop. et cler.*, I., 3.—Tiene aplicacion la concordia transcrita.

(3) Capítulos 3 y 6 de las Decretales *De testamentis*, III, 26.—Novela 131, Cap. 1, § 1 y Cap. 12.

(4) Al fundarse el recurso se citó como infringido «El principio segun el cual »para que el albacea pueda ser condenado á perder lo que el testador le señaló »en su testamento, se exige que hayan precedido dos amonestaciones formales, y »que á pesar de ellas no se haya practicado por malicia ó negligencia lo debido »para el cumplimiento de la voluntad del testador; principio consignado en las »Decretales 3, 6 y 17 *De testamentis*, en la Auténtica *Licet*, Código *De episcop. et cleri.*, »en la citada Constitucion catalana y en la Ley 8.ª, Tít. 10, Partida 6.ª, siendo tam»bien principio de derecho que la malicia y la negligencia culpable no se presu»men.»

Los albaceas universales cobran una remuneracion, cuyo importe varía segun la costumbre del lugar (1). Comunmente es del diez por ciento del valor líquido de lo que administran. En la diócesis de Vich, á tenor de lo dispuesto en las Constituciones sinodales, perciben un sueldo por libra, es decir, el cinco por ciento, no pudiendo exceder la suma de treinta libras, equivalentes á ochenta pesetas.

Los bienes del difunto, en el caso de un albaceazgo general, se inscriben en el Registro á nombre del Albacea. Puede verse, entre otras, la resolucion de la Direccion general de 30 de Abril de 1878, publicada en la Gaceta de 8 de Julio del mismo año.

---

(1) Vives, Nota al Tít. 1.º Lib. VI, Vol. 1.º de las *Constituciones de Cataluña*.

TÍTULO V.

DE LA SUCESION FORZOSA.

CAPÍTULO 1.°

PRELIMINARES.

§ 597. **Naturaleza de esta sucesion, y personas á quienes compete.**— La libertad de que goza el testador en cuanto á la disposicion de sus bienes, se halla limitada por el derecho propio de ciertas personas á tener una participacion en el patrimonio hereditario y de la cual aquel no puede, por regla general, privarles sin una justa causa previamente establecida por la ley.

Las personas á quienes competen estos derechos sucesorios son: 1.° los descendientes y ascendientes; 2.° los hermanos; y 3.° la viuda pobre.

No siendo igualmente extensos los derechos que competen respectivamente á estas personas, examinaremos cada grugo separadamente.

CAPÍTULO 2.°

DE LOS DESCENDIENTES Y DE LOS ASCENDIENTES.

SECCION 1.ª

DE SUS DERECHOS EN GENERAL.

§ 598. **¿En qué consisten?** — Los descendientes y los ascendientes tienen, en primer lugar, el derecho de percibir una parte material del patrimonio dejado por el difunto, y en segundo lugar el derecho de que no se les excluya ú omita en el testamento sin una causa señalada por la ley. Estos derechos, sin embargo, no pueden hacerse

valer contra el testamento militar (1), ni contra el del pupilo, otorgado por el padre que tiene á este bajo su potestad (2).

SECCION 2.ª

DE LA LEGÍTIMA.

§ 599. **¿Qué es la legítima?**—Entiéndese por legítima la porcion de bienes que la ley señala á los descendientes, y en su defecto á los ascendientes, en la herencia de la persona de cuya sucesion se trata.

§ 600. **Personas que pueden pedirla, y órden de prelacion entre las mismas.**—La cualidad de legitimario supone siempre la de heredero llamado á la sucesion *ab-intestato*.

Corresponde en primer lugar á los descendientes, nacidos ó póstumos, naturales ó adoptivos, con tal que la adopcion confiera derecho á dicha sucesion, y tambien á los hijos naturales y espúreos ó de padre incierto, por lo que se refiere á la madre, á la cual suceden, como dijimos, lo mismo que los legítimos (3).

Respecto de los hijos adoptivos, debe observarse que los dados en adopcion á un extraño (adopcion ménos plena) no tienen derecho á reclamar legítima de su padre adoptivo (4), á pesar de ser llamados á la sucesion intestada del mismo; lo cual, sin embargo, no se aplica á los adoptados por una mujer, pues respecto de ésta son siempre considerados como verdaderos legitimarios (5).

En defecto de descendientes, corresponde la legítima á los ascendientes, siguiéndose tambien entre ellos el órden con que son llamados á la sucesion *ab-intestato* (6).

§ 601. **Cuota que se debe por legítima, y manera de efectuar el pago.**— Por derecho especial de Cataluña la legítima, así de los descendientes como de los ascendientes, cualquiera que sea su número, es siempre la cuarta parte de los bienes del difunto, divisible entre ellos segun las reglas de la sucesion intestada; pudiendo el he-

---

(1) § 6 Inst. *De exher. lib.*, II, 13.—Ley 8, § 3, 4. Dig. *De inoff. test.*, V, 2.—Leyes 9 y 24. Cod. *Eod.*, III, 28.—Ley 9, 10, Cod. *De test. mil*, VI, 21.

(2) Ley 8, § 5, Dig., *De inoff.*, *test.*, V, 2.

(3) Proe. § 1, 2, Inst. *De inoff. test.* II, 18.—Ley 1, 6, pro; 23 pr., Ley 29, §§ 1 y 3, Dig. *Eod.*, V, 2.—Nov. 115, Cap. 3.

(4) Ley 10, § 1, Cod. *De adopt.* VIII, 48.

(5) Ley 29, § 3, Dig. *De inoff. test.*, V, 2.—Ley 5, Cod. *De adopt.*, VIII, 48.

(6) § 1, Inst. *De inoff. test.* II, 18—Leyes 1 y 15, proe. Dig. *Eod.* V, 2.—Nov. 115, Cap. 4.

redero pagarla, á su eleccion, en dinero, estimado el valor de los bienes, ó en propiedad inmueble de la misma herencia (1).

Asi lo establece la disposicion, que en este punto es fundamental en Cataluña, ó sea la Constitucion 2.ª (2) del Título 5.° (*De legítima y divisió de aquella*), Libro VI, Vol. 1.°, que dice así: «Deseando la conservacion »de las casas principales, ordenamos con consentimiento de las pre- »sentes Córtes, que la legítima para todos los hijos é hijas, aunque »excedan del número de cuatro, no sea sino la cuarta parte de los bie- »nes del difunto de cuya sucesion se tratare por razon de las legítimas, »y que esto se observe en todo el principado de Cataluña y condados »de Rosellon y Cerdaña, aunque hasta el presente sólo se observase en »Barcelona por privilegio ó ley local; y que esto tenga lugar así en la »legítima de los descendientes como en la de los ascendientes, revo- »cando cualesquiera ley ó costumbre y observancia que en contrario »hasta aquí hubiese habido en cualquier parte de dichos principado y »condados; declarando que esta disposicion, fuera de Barcelona, com- »prenda sólo los casos futuros; y que el heredero tenga la eleccion de »pagar la legítima en dinero, estimado el valor de los bienes del di- »funto, ó con propiedad inmueble; y cuando sobre la propiedad que »se señalare hubiese discordia, sea á arbitrio del juez.»

En vista de la transcrita Constitucion, importa hacer notar: 1.° Que segun sus primeras palabras, fué dada para *la conservacion de las casas principales*; 2.° Que ántes existia la legítima justinianea, segun la Constitucion formada por Alfonso III en las Córtes de Montblanch del año 1333, Cap. 27, (3); 3.° Que de la observancia de dicha Ley romana se exceptuaba Barcelona, donde por privilegio la legítima era, y es, la cuarta parte de la herencia del difunto, segun dice la costumbre continuada en el citado Título 5.° del Libro VI, Vol. 1.°; y 4.° Que segun resulta de las palabras de la citada Constitucion de Alfonso III, ántes de su publicacion se observaba la ley goda para el cómputo de la legítima, si bien algo modificada en Barcelona en virtud de la costumbre consignada en el Capítulo 2.° del *Recognoverunt proceres*, que declaraba que la herencia del difunto se dividia en quince partes, de las cuales ocho eran legítima.

La cualidad de heredero del padre no priva al hijo de su legítima paterna en cantidad igual á la señalada por aquel á los demás hijos, en razon á que la legítima consignada por la ley se debe de derecho é in-

---

(1) Opina Cancer (*Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3, N.° 9.) que cuando el heredero hubiese empezado á pagar en dinero no podrá despues obligar al legitimario á aceptar el resto en cuerpos hereditarios.

(2) Felipe, en las Córtes de Monzon, año 1585, Cap. 94.

(3) Esta Constitucion de Alfonso III se incluyó, como supérflua y corregida, en el Vol. 3.° de las *Constituciones de Cataluña*, en la compilacion mandada hacer en las Córtes de 1585; y es la primera del Libro VI de dicho volúmen.

dependientemente de la voluntad del padre; por consiguiente el heredero del hijo instituido tiene derecho á reclamarla cuando en virtud de sustitucion ha pasado á otro la herencia (1).

La cuota legitimaria debe dejarse sin condicion ni término y libre de todo gravámen, reputándose no escritas las disposiciones contrarias á esta prescripcion, á ménos que el legitimario haya aceptado dichos gravámenes, pues esta aceptacion tiene la fuerza de la renuncia (2). Para fijarla se detraen del patrimonio hereditario las deudas y gastos de entierro y funerales (3).

§ 602. **¿Desde cuándo se debe?**—El derecho á la legítima nace en el dia del fallecimiento de la persona de cuya sucesion se trata, y no ántes. Este mismo principio se consigna en una Constitucion catalana (4), por la cual además se dispone que en vida del padre no puede hacerse ejecucion sobre la legítima de los hijos por las deudas tanto civiles como criminales de estos, incurriendo el Juez que proveyere tal ejecucion *en las penas conminadas contra los que contravinieren á las constituciones ú otras leyes de la tierra.*

De la legítima no satisfecha y de su suplemento, se deben los frutos desde el dia del fallecimiento del padre, lo cual debe aplicarse áun al caso en que se hubiese obtenido la restitucion *in integrum* contra una renuncia jurada (5).

§ 603. **Bienes que se imputan en la legítima.**—Se imputa en la legítima todo lo que el legitimario percibe del patrimonio del testador por razon del fallecimiento de éste, ya en virtud de testamento, ya por donacion *mortis causa*, así como las donaciones entre vivos hechas bajo esta condicion y las otorgadas á título de dote ó de donacion por causa de matrimonio (6).

Los gastos hechos por el padre por razon de los estudios del hijo no

---

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1860.

(2) § 6, Inst., *De inoff. test.* II, 18.—Leyes 31, 32 y 36 prœ, y § 1, Cod., *Eodem.* III, 28.—Novela 18, Cap. 3.°—Cancer, *Var resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3.°, N.° 91.

(3) Ley 8, § 9, Dig., *De inoff. test.*, V, 2.

(4) Const. única del Tít. 18, Lib. IV, vol. 1.

(5) Nov. 18, Cap. 3.—Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3, Ns. 53 y 54.—Fontanella, *Decis*, 91, N.° 15; *Decis.*, 92 y *Dec.*, 572, Ns. 10 y sigs.—Vives, Notas al Tít. 5. Lib. VI, Vol. 1 de las *Const. de Cat.*

Con sentencia de 28 de Febrero de 1877, y en un pleito procedente de la Audiencia de este territorio, declaró el Tribunal Supremo que el beneficio de competencia que concede la Ley 1.ª, Tít. 15 de la Part. 5.ª, entre otros á los ascendientes respecto de sus descendientes para no ser obligados á más de lo que puedan pagar despues de atender á su precisa subsistencia, no se limita al caso de cesion de bienes, sino que aun sin la cesion compete á los privilegiados este privilegio.

(6) § 6 Inst. *De inoff, test.*, II, 18.—Leyes 8, § 6, y 25 prœ. Dig. *Eod.*, V, 2.—Leyes 29; 33, prœ; 35, § 2; 36 Cod., *Eod.*, III, 28.

se imputan, á no constar expresamente la intencion de aquel en sentido contrario (1).

Los nietos que tengan derecho á la legítima por la muerte de su padre, deben imputar en la misma lo que éste hubiere recibido del abuelo (2).

Segun la Ley 36 prœ., Cod. *De inoff. test.*, III, 28, se exceptúan de la imputacion á cuenta los bienes que el hijo hubiese recibido indirectamente en virtud de sustitucion ó por derecho de acrecer, los cuales adquirirá como por derecho adventicio, debiendo en su caso constituirse el suplemento de la legítima con bienes de la herencia del padre.

Conviene, por último, recordar en este punto que la Ley 20 prœ. Cod., *De collat.* VI, 20, establece una distincion entre la imputacion á cuenta, de que tratamos, y la colacion de bienes, declarando que de los bienes colacionables únicamente se imputarán en la legítima aquellos respecto de los cuales la ley expresamente lo disponga (3).

§ 604. Época á que debe atenderse para regular el importe de la legítima.—Segun derecho romano, para fijar la cuota de la legítima se considera el patrimonio tal como se halla en el día del fallecimiento. En efecto, la Ley 6, Cod. *De inoff. test.*, III, 28, declara en términos absolutos que cuando se trata de saber si los hijos pueden atacar por inoficioso el testamento de su padre, se ha de atender á si al tiempo de su muerte les dejó la cuarta parte de sus bienes. Lo mismo se observa para el cómputo de la cuarta falcidia, segun el § 3, Inst., *De lege Falc.*, II, 22, en que se sienta el principio de que los aumentos y disminuciones posteriores á la muerte del testador van á cargo del heredero.

Con todo, algunos autores de derecho catalan (4) sostienen que este principio no puede regir en Cataluña, fundándose en que en este territorio el heredero tiene la facultad de pagar la legítima en dinero ó en cuerpos hereditarios y en que, por consiguiente, si se aplicara aquel resultaria una desigualdad de condicion, desfavorable á los legitimarios; por lo cual concluyen que la legítima debe fijarse con relacion al valor de los bienes de la herencia en la época del pago, siendo, en

---

(1) Ley 50, Dig., *Fam. ercisc.*, X, 2.—Creemos que no basta en todos los casos que el padre exprese su voluntad, sino que es además necesario que semejantes gastos, atendiendo á la posicion social de aquel, constituyan una donacion que por su naturaleza pueda imputarse en la legítima.

(2) Const. 1.ª, Tít. 5, Lib. VI, Vol. 1.

(3) *Regula ut omnia quœ portioni quartœ computantur, etiam ab-intestato conferantur, minime é contrario tenebit... Ea enim tantummodo ex hisquœ conferuntur, memoratœ portioni computabuntur, pro quibus specialiter, legibus, ut hoc fieret, expressum est.*

(4) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3, Ns. 27 y sigs.—Fontanella, *Decis.* 571, 572, 573 y 574.—Gibert, *Theorica artis Notariœ*, Part. 2.ª, Tít. 8.

consecuencia, de cuenta de los legitimarios, en la parte proporcional correspondiente, los aumentos ó disminuciones que aquellos hayan experimentado, en cuanto sean debidos á circunstancias fortuitas ó independientes de la voluntad del heredero.—Semejante doctrina, léjos de ser aceptada, ha sido abiertamente rechazada por el Tribunal Supremo en varias sentencias referentes á este territorio, cuyos fundamentos por su importancia indicamos por nota (1), creyendo que son harto explícitos para que no se considere ya dudosa, en el terreno de la jurisprudencia, esta cuestion tan debatida en el foro catalan.

§ 605. Modo de dejarse. — En la Constitucion 2.ª (2) del Título 2.º (*De pupillars*, etc.) Libro VI, Vol. 1.º, se dispone que «si en el testamento se hace mencion del hijo ó de otros infantes, *ya sea por derecho de legado ó por cualquiera otra manera, aunque no sea por derecho de institucion*, el testamento no debe tenerse por esto por írrito ó nulo.» Esto se entiende sin perjuicio de que el legitimario reclame el suplemento que corresponda en el caso de que lo que se le hubiese dejado fuese ménos de lo que por legítima tiene derecho á percibir (3).

---

(1) Para fijar las legítimas de los hijos, debe atenderse al valor que tenian los bienes del padre en el dia de su muerte, deduciéndose préviamente el importe de las deudas y demás responsabilidades á que los mismos estuviesen afectos.—Sentencia de 20 de Junio de 1868.

La Constitucion 2.ª, Tit. 5.º, Lib. 6.º, Vol. 1 de las de Cataluña, previene que *la legítima para todos los hijos é hijas, aunque excedan del número de cuatro, no sea sino la cuarta parte de los bienes del padre;* que segun la Ley 6.ª, Tit. 28, Lib. 3.º, Cod., dicha cuarta parte debe graduarse por el valor de los bienes del padre al tiempo de su fallecimiento, háyase pedido ó nó su liquidacion, y que en consecuencia todo aumento ó disminucion que dichos bienes tengan con posterioridad debe ser de cuenta exclusiva de los herederos.—Sentencia de 15 de Junio de 1869.

En Cataluña el hijo instituido heredero por el padre es su sucesor universal, en el que recaen todos sus bienes, derechos y obligaciones, entre estas la de satisfacer á sus hermanos lo que les corresponda por legítima ó suplemento de la misma, segun los bienes quedados al fallecimiento del padre y el valor que entónces tenian por ser la época en que se causaron dichas obligaciones, si bien con la eleccion de hacerlo en bienes hereditarios ó en dinero, atendido aquel valor; por lo cual la doctrina en contrario citada, y que se dice uniforme y atestiguada por algunos autores (esto es, de que para liquidar la legítima se atiende en cuanto á la consistencia del cuerpo hereditario al tiempo de la muerte del padre, pero en cuanto al valor ó estimacion de las cosas que lo integraban al tiempo de la reclamacion ó pago) no estando admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, no puede servir de fundamento para un recurso de casacion.—Sentencia de 19 de Octubre de 1870.

Es doctrina establecida por el Tribunal Supremo que no puede pedirse en Cataluña el suplemento de legítima hasta el fallecimiento del padre, á cuyo tiempo debe tambien atenderse para hacer el cómputo de la cuarta parte de la herencia en que aquella consiste, y que se ha de dividir entre todos los hijos.—Sentencia de 11 de Junio de 1873.

(2) Pedro III, en las Córtes de Monzon, año 1363, Cap. 1.º

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3, N.º 15.

§ 606. Defensa del derecho de legítima. Prescripcion de las acciones que competen al legitimario. — El testador puede violar el derecho á la legítima que compete á sus descendientes ó ascendientes, ora dejándosela en una cantidad ó valor menor del que les corresponde, ora haciéndola ilusoria ó mermándola por medio de liberalidades desmedidas que absorban ó disminuyan notablemente el patrimonio.

En el primer caso tiene el legitimario una accion para pedir el suplemento, llamada *suppletoria* ó *expletoria* (1), trasmisible á sus herederos, aunque sean extraños (2) y que por derecho catalan prescribe por 30 años, término comun de la prescripcion segun el Usatge *Omnes causæ* (3), que es el mismo que en este punto establecia el derecho romano.

En el segundo caso puede intentar ya la *querela inofficiosæ donationis* (4), ya la *querela inofficiosa dotis* (5) segun sea la liberalidad que se impugne. Ambas acciones, basadas en la *querela inofficiosi testamenti*, sólo pasan á los herederos cuando el legitimario perjudicado hubiese ya instaurado el correspondiente juicio ó mostrado explícitamente su deseo de hacer valer su derecho (lo cual no se presume si aceptó sin protesta la legítima) y prescriben por el término de 5 años á contar desde el dia del fallecimiento de la persona de cuya sucesion se trate (6).

§ 607. Los legitimarios ¿pueden considerarse por derecho catalan partícipes de parte alícuota? — Así lo ha juzgado el Tribunal Supremo en un importantísimo fallo, de fecha 3 de Noviembre de 1876, dictado en un pleito referente á Barcelona sobre prevencion del juicio voluntario de testamentaría, por el que se desestimó el recurso de casacion interpuesto contra la sentencia dictada por aquella que declaró haber lugar á la prevencion de dicho juicio á solicitud de un legitimario que reclamaba el suplemento de legítima. Es por demás notable y trascendental la doctrina que en dicho fallo se consigna en términos generales á Cataluña, para que nos dispensemos de insertar íntegros sus fundamentos, que son como sigue: « Considerando que en conformidad al art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento civil pueden promover el juicio voluntario de testamentaría los herederos, el cónyuge sobreviviente y los legatarios de parte alícuota del caudal:— Considerando

---

(1) § 3, Inst. *De inoff. test.*, II, 18.— Ley 30, pro. Cod., *Eod.*, III, 28. — Sentencia del Tribunal Supremo de 28 Diciembre de 1871.

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1, Cap. 3, N.° 42.

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1, Cap. 3, N.° 16. — Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1873.

(4) Cod. *De inoff. donat.*, III, 29. — Véase lo dicho en el § 475.

(5) Id. *De inoff. dot.*, III, 30.

(6) Ley 9, Cod. *De inoff. donat.*, III, 29.—Ley 34 in fin. Cod. *De inoff. test.*, III, 28.

»que la Constitucion 2.ª, Libro 6.º, título 5.º de las de Cataluña, en la »parte que se supone infringida en el primer fundamento del recurso »es inaplicable á este pleito, en el cual no se trata de la clase de bie- »nes en que debe hacerse el pago de su haber á los hijos por su legíti- »ma, ni la circunstancia de llamar heredero al que deba hacer dicho »pago puede extenderse á quitar á los hijos con derecho á la legitima »el carácter de partícipes de porcion alícuota del caudal, con el dere- »cho consiguiente á que se conozca su importancia por los medios que »la Ley de procedimientos tiene establecidos en la de Enjuiciamiento »civil, aplicable á aquel principado, segun lo tiene declarado este Tri- »bunal Supremo; por lo cual al estimar la sentencia recurrida, la pre- »tension de que se proceda á abrir el juicio voluntario de testamen- »ria no infringe la Constitucion referida: —Considerando que tampoco »son aplicables ni han podido ser infringidas la Novela 18, Cap. 1.º; la »Ley 25 Dig. *De inofficioso testamento* y el párrafo sexto de las Institucio- »nes que se citan en el segundo fundamento, porque teniendo por »objeto los referidos preceptos legales dar fuerza á los testamentos, »cualquiera que sea la forma de institucion ó legado en que se deje su »legítima á los hijos, en el caso de este pleito no se ventila cuestion »alguna que se relacione con dicha disposicion: — Considerando que »se hallan en el mismo caso de ser inaplicables las Leyes 1.ª, párrafo »cuarto del Dig. *De heredibus instituendis*; la 7.ª y 64 *De regulis juris*, y la »doctrina alegada en el tercer fundamento, segun las cuales el here- »dero es la continuacion de la persona del finado, puesto que no se »trata de resolver sobre la responsabilidad y derechos universales de »de los legitimarios en Cataluña, ni el pleito tiene otro objeto que el »de reclamar el derecho de promover el juicio voluntario de testa- »mentaria: — Considerando que tampoco se infringen las Leyes 34 y »36, Libro 3.º del Código *De inofficioso testamento*, citadas en el cuarto »fundamento, porque limitadas á resolver en qué caso puede pedir el »hijo lo que le falte para su porcion legítima, no son aplicables á este »pleito: — Considerando que el principio de que *Pacta sunt servanda* »sancionado por la Ley 23, Dig. *De regulis juris*, no ha sido infringido »por la sentencia, puesto que en las capitulaciones otorgadas con mo- »tivo del matrimonio de D.ª..... (1) no hizo ésta renuncia de derecho »alguno: —Y considerando, por último, que, segun lo tiene consig- »nado este Supremo Tribunal, la prohibicion impuesta por el testador »de que intervenga la justicia en su testamentaria obliga solamente á »los herederos voluntarios, como lo consigna el art. 496 de la Ley de »Enjuiciamiento, y nó á los derecho-habientes necesarios en el cau- »dal, por lo cual, léjos de infringir, aplica rectamente la sentencia el

(1) La legitimaria reclamante.

»referido art. 496 citado en el sexto fundamento, y no infringe las re»glas ni la doctrina de las sentencias citadas además en el mismo.»

La anterior sentencia ha promovido en el foro catalan animados debates, suponiéndose que por ella se atribuye al legitimario un carácter que no le reconocen las leyes de Cataluña. Fuera fácil demostrar, con la autoridad de nuestros mejores tratadistas, que la doctrina del Tribunal Supremo ha interpretado fielmente los principios de la legislacion catalana rectamente entendida, no sólo al fijar el concepto de la legítima como una *pars quota bonorum*, sino al determinar la consideracion de los legitimarios, que no ha sido ni podido ser jamás tan pobre y desatendida, bajo el punto de vista legal, como se pretende; pero deploraríamos que, confirmándose la referida doctrina, se generalizasen los juicios de testamentaría, que ; tal como están organizados, destruyendo los patrimonios arruinan las familias. Al redactarse el testamento debe tenerse presente esta consideracion.

§ 608. De las renuncias al suplemento de legítima, y sus efectos.—Aunque segun el derecho romano, y especialmente en virtud de la Ley 3, Cod. *De collat.*, VI, 20, y Ley 35, § 1, Cod., *De inoff. test.*, III, 28, son ineficaces los pactos que envuelven renuncia de una herencia futura, se sostienen en Cataluña las renuncias al suplemento de legítima cuando están confirmadas con juramento en fuerza de lo dispuesto en el Capítulo 2.°, Libro 1.°, Tít. 18, del Sexto de las Decretáles, que dice así: *Quamvis pactum patri factum a filia dum nuptui tradebatur ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis; si tamen juramento non vi nec dolo præstito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit, cum non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.*

Estas renuncias juradas pueden, sin embargo, impugnarse cuando en ellas ha mediado fuerza ó dolo ó lesion enorme, que para los efectos de dicha Decretal se equipara al dolo (1); pero es requisito indispensable que se pida la relajacion del juramento al Tribunal eclesiástico correspondiente, con arreglo á las leyes canónicas vigentes en este principado. Esta doctrina ha sido reconocida y admitida tambien por el Tribunal Supremo en varias sentencias, y especialmente en las de 9 de Noviembre y 1.° de Diciembre de 1863, 21 de Diciembre de 1866, 19 de Junio de 1868, 11 de Junio de 1873, 24 de Setiembre de 1875 y 11 de Marzo de 1876, cuyos respectivos fundamentos, en lo que se

---

(1) Esta doctrina, conforme por otra parte con el derecho romano, está admitida por la generalidad de los autores de derecho catalan, entre los cuales puede verse Cancer, *Var. resol.*, Part. 3.ª, Cap. 15—Molino, *De ritu nup.*, Lib. III, Quest. 80, N.° 27, y Quest. 96;—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus IX, Part, 1.ª, Ns. 1, 2, 3 y 74.

refiere al punto de que tratamos y atendida su importancia, indicamos por nota (1).

Dijimos ya en los §§ 119 y 357 que el juramento establece un vínculo meramente personal, que no obliga á los herederos ó por otro concepto sucesores del que lo prestó, doctrina sustentada por los canonistas y observada invariablemente en Cataluña, donde por lo mismo se creía que no era necesaria especial declaracion de la Iglesia para accionar contra lo roborado con juramento por el causante; pero contra esta inteligencia ha venido la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Febrero de 1879, en la que, á pesar de tratarse de la reclamacion del suplemento de legítima hecha por un hijo de la renunciante, se declara ser indispensable la relajacion del juramento por la Autoridad eclesiástica para combatir válidamente la renuncia jurada hecha por la

---

(1) Para que pudiese tener lugar el suplemento de legítima que el recurrente pretende en su demanda, era necesario haber acreditado que al recibir D. ... (el padre del recurrente) lo que por muerte de su padre le correspondia, habia sufrido la lesion enorme ó enormísima que supone.—Sentencia de 9 de Noviembre de 1863.

Apreciando la existencia de la lesion *ultra dimidium*, se declara que fueron nulas de derecho las renuncias de los recurrentes para reclamar el suplemento de legítima y para que se les reintegrase de la parte que dejaron de percibir por el indicado concepto, sin que tampoco pudiera impedir la reclamacion la circunstancia de haber intervenido juramento porque éste se relajó y fueron absueltos de él los demandantes por la Autoridad competente.—Sentencia de 1.° de Diciembre de 1863.

Segun la legislacion vigente en Cataluña, son nulas las renuncias de derechos legitimarios que causen lesion enormísima equiparada al dolo en aquella legislacion.—Sentencia de 21 de Diciembre de 1866.

En virtud de la renuncia jurada hecha por el recurrente, no ha podido válidamente entablar la actual demanda sin obtener préviamente de la Autoridad eclesiástica la absolucion de aquel juramento, con arreglo á lo prescrito en las leyes canónicas vigentes como derecho supletorio en Cataluña.—Sentencia de 19 de Junio de 1869.

Es doctrina establecida por este Tribunal Supremo que la renuncia de la legítima es nula de derecho, aunque aquella se hubiese verificado con juramento por el recurrente, con tal que por éste se hubiese obtenido del Juez eclesiástico la absolucion del mismo y al propio tiempo haya intervenido lesion enorme ó enormísima en dicha renuncia, pues en este caso se equipara la lesion al dolo en el contrato que al hacerse la renuncia se hubiese celebrado entre el padre y el hijo. —Sentencia de 11 de Junio de 1873.

Si bien las renuncias de los derechos legitimarios, y áun del de suplemento de legítima, pueden rescindirse con arreglo á la legislacion vigente en Cataluña cuando en ellas hubiese mediado lesion enorme, es indispensable, para que su rescision tenga lugar, que el que la solicite justifique debidamente la existencia de esta lesion.—Sentencia de 24 de Setiembre de 1875.

En el Tít. 18 Cap. 2.°, 6.° Decretales Lib. 1.°, vigente en Cataluña, se establece como principio general que el pacto corroborado con juramento no prestado por fuerza ni dolo debe guardarse en todas sus partes, aun cuando se halle reprobado por la Ley civil, y no pueda impugnarse por la persona que de esa manera se obliga, sin que ántes haya obtenido la relajacion del juramento de la Autoridad eclesiástica.—Sentencia de 11 de Marzo de 1876.

madre de aquel; y en consecuencia se desestima el recurso de casacion interpuesto contra el fallo de la Audiencia de Barcelona, que absolvió al demandado en la parte relativa á la peticion del indicado suplemento. Excusamos encarecer la trascendencia de esta doctrina, acerca de la cual, y relacionándola con los efectos de las renuncias de legítima y juramento promisorio en general, hemos hablado en los citados §§ 119 y 357 de estas Instituciones.

§ 609. **Prescripcion de la accion para rescindir las renuncias al suplemento de legítima.**—Esta accion prescribe por el tiempo ordinario señalado por el Usatge *Omnes causæ*, ó sea por 30 años, contados desde la muerte del padre (1). Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencias de 1.° de Diciembre de 1863, 19 de Junio de 1869, 11 de Junio de 1873 (2) y 24 de Setiembre de 1875, que hemos citado anteriormente.

SECCION 3.ª

DE LA DESHEREDACION Y PRETERICION.

§ 610. **Concepto de la desheredacion, y disposiciones del derecho catalan sobre la misma.**—En Cataluña los descendientes, y en su defecto los ascendientes, sólo tienen derecho á que por cualquier título se les deje la legítima, pero nó á que se les instituya herederos, y por consiguiente se entiende por desheredacion la disposicion por la cual el testador excluye de una manera expresa, pura y absoluta, ó sea respecto de todos los bienes hereditarios, á la persona que tiene derecho á la legítima.

Segun la Constitucion 2.ª (3) del Tít. 2.° (*De pupillars y altres sustitutions*), Lib. VI, Vol. 1.°, el testamento en que se hace mencion del hijo,

---

(1) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3, N.° 16.—Fontanella, *De pactis nup.*, Claus. IX, Glos. única, Part. 1.ª, N.° 29.

(2) No pueden ser más explícitos en esta parte los fundamentos de este fallo. «Considerando (dice) que no pudiendo pedirse el indicado suplemento hasta el fallecimiento del padre, no es ménos consiguiente que sólo desde ese tiempo proceda ejercitar la accion de rescision del contrato que adolece de dicho vicio; y en este concepto tampoco puede correr el tiempo de la prescripcion de la accion desde la celebracion del contrato, sino desde el fallecimiento del padre con quien este se celebró;—Considerando que no teniendo aplicacion la citada Ley 2.ª, Tít. 1.°, Lib. 10 de la Novísima Recopilacion, no es el tiempo de cuatro años señalado en la misma por el que se prescribe la accion para pedir la rescision del repetido contrato y suplemento de la legítima, sino el tiempo de treinta años establecido en Cataluña para toda clase de prescripciones, segun precepto del Usatge *Omnes causæ bona sive mala*, cuyo precepto se halla tambien aplicado por este Supremo Tribunal en casos análogos al de los presentes autos.»

(3) Pedro III, en las Córtes de Monzon, año 1363, Cap. 1.

ya sea por derecho de legado ó por cualquier otra manera, no puede considerarse como írrito ó nulo (1); de cuyas palabras se deduce que el hijo á quien se hubiese dejado ménos de lo que por legítima le corresponde, no podrá impugnar el testamento, sino únicamente pedir el suplemento á que haya lugar (2).

El Usatge *Exheredare* (3) señala las causas por las que pueden los ascendientes desheredar á los descendientes, diciendo que pueden verificarlo «si los hubiese tan atrevidos que golpearen gravemente á su padre ó madre, abuelo ó abuela, ó les deshonraren ó les acusaren en juicio de algun crímen, ó si los hijos se hacen *bausadores* (4) ó si las hijas viviesen torpemente, si los hijos se hiciesen sarracenos y no quisieren arrepentirse....» (5).—Añade el Usatge: «Si alguno quisiere desheredar á su hijo ó hija, á su nieto ó á su nieta, le desheredará nominalmente y expresará la culpa por la cual le deshereda, é instituirá en su lugar á otro, quien debe probar que es verdadera la causa de la desheredacion. Si faltare alguna de estas cosas, no podrá de ningun modo desheredar á su hijo ó hija, nieto ó nieta, y si lo hiciere será en vano y de ningun valor *(é si hu fá, va será é res no valrá.)* »

Acerca de la inteligencia de las anteriores disposiciones, es importante la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1862, en que se consignan los siguientes fundamentos: «Considerando que aunque »con arreglo á la Constitucion segunda referida para que no se tenga »por írrito ó nulo el testamento del padre es necesario hacerse en él »mencion del hijo, ya sea por derecho de legado ó de cualquiera otra »manera, es evidente que este precepto sólo debe entenderse cuando »no concurran fundadas causas que impelan al padre á consignar su »voluntad de privarle de la parte á que en otro caso tendria derecho; »Considerando que el padre del recurrente declaró en su testamento »que no legaba á éste cantidad alguna por título de legítima ni por otro »motivo, ántes bien le desheredaba formalmente por las graves razo- »nes que expresó, nombrando heredera de todos sus bienes á una de »sus hijas; Considerando que, sin embargo de que por la sentencia »ejecutoria se ha declarado *en vano* y de ningun valor la desheredacion

---

(1) *E sis vol per dret de legat ó per qualsevol altra manera, posat que no per dret de institutió de fill ó de altres infans en lo testament sia feta mentió, lo testament perçò no deja esser irritat ó esser dit irrit ó nulle.*

(2) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4; N.º 15.—Gibert, *Theorica artis notariæ*, Part. 2.ª, Tit. 4,º, nota 4.ª

(3) Del Título 3.º (*De fills y pares preterits y desheretats*), Lib. VI, Vol. 1.º

(4) Traidores á su señor.

(5) Ni el hacerse sarraceno ni el ser traidor á su señor, pueden ser hoy motivo de desheredacion. Las demás causas señaladas en el Usatge coinciden con otras de las establecidas por Justiniano en la Novela 115, consideradas en gran parte vigentes por los autores, pues tambien algunas deben estimarse virtualmente caducadas.

»de D... del legado de legítima paterna, este fallo, resultado de la apre»ciacion hecha por la Sala de las causas alegadas por el padre, no po»dia afectar á la validez ó nulidad de la institucion de heredero y »ménos aun á la de todo el testamento, puesto que existiendo en con»cepto del otorgante motivos justificados para la desheredacion y cum»plidos los demás requisitos prevenidos para hacerla, dicta la razon »que no tuviese necesidad de dejar al mismo tiempo al hijo su porcion »legítima para la eficacia y fuerza legal del testamento.»

El Usatge *Quod si filii* (1) señala como causa de desheredacion el que el hijo haya hecho algun daño al señor de su padre, lo cual hoy no puede tener aplicacion por no existir en el estado social presente los vínculos personales en que se fundaba dicha prescripcion.

Tampoco es causa de desheredacion la establecida en el Tít. 1.º, Libro V, Vol. 1.º, respecto de los hijos que se casan sin el consentimiento de sus padres, por las razones que dimos en el § 51.

Por último, aunque se dice comunmente que los menores de diez años y medio no pueden ser desheredados por ser incapaces de dolo, creemos, con algunos autores, que esta edad debe extenderse en conformidad con las disposiciones del Código penal relativas á la exencion de responsabilidad criminal, por razon de aquella.

§ 611. **Pretericion de los ascendientes.**—Segun la Constitucion 1.ª (2) del Título 3.º, Lib. VI, Vol. 1.º, aunque en el testamento de los hijos no se hiciere mencion alguna del padre ó de otros ascendientes por derecho de institucion, dicho testamento será válido y firme, salvo empero á los ascendientes el derecho de reclamar la legítima. Pudiera parecer que las palabras *por derecho de institucion* limitaban la disposicion al caso en que no se hiciese mencion del ascendiente por via de institucion de heredero; pero se ha entendido generalmente, y es la única interpretacion admisible, que la Constitucion referida era aplicable á una pretericion ú omision absoluta y general.

§ 612. **Derecho especial de Barcelona.**—En esta ciudad es mayor aun la libertad de que goza el testador, pues en virtud del *Privilegio* concedido por Pedro III en 1339 (único del Tít. 1.º, *De testaments*, Lib. VI, Vol. 2.º) es válido el testamento mientras reuna las demás condiciones que determina, áun cuando las personas que segun el derecho comun deben instituirse sean preteridas ó desheredadas.

Cancer (3) dice muy acertadamente que este privilegio no puede in-

---

(1) Primero del Tít. 18, Lib. IV, Vol. 1.º

(2) Eleonor, consorte y lugarteniente general de Pedro III, en las Córtes de Tortosa, año 1365, Cap. 1.º

(3) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4, Ns. 40 á 44.

vocarse tratándose de la pretericion de un póstumo engendrado y nacido despues de otorgado el testamento; y, despues de referir un caso concreto en que fué consultado, expone su opinion en estos términos: «*Ob hæc semper censui dictam regiam pragmaticam quæ inducit validitatem testamenti, non obstante filii aut posthumi præteritione, esse intelligendam, ubi tantum esset testamentum vitio præteritionis affectum, quod est cum filius aut posthumus scienter sunt præteriti; non tamen ubi ultra vitium præteritionis adesset defectus voluntatis, quod accidit cum essent ignoranter præteriti.*» Esto confirma que la disposicion de que tratamos no altera el principio de derecho romano, segun el que el testamento se *rompe* por la agnacion ó cuasi agnacion de un póstumo (1).

Tristany (2) dice que este privilegio es local, y asi tambien lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Setiembre de 1865, en la que además se declara que no alcanza á los que siendo vecinos y residentes en otros puntos se hallasen y testasen accidentalmente en Barcelona.

§ 613. Consecuencias de la exclusion ilegal.—Subsisten las disposiciones del derecho en cuanto no estén modificadas por las especiales de nuestro derecho que acabamos de examinar; y por consiguiente subsiste tambien la *querela inofficiosi testamenti* con los efectos señalados por aquella legislacion, y prescriptible por el plazo de cinco años (3).

CAPÍTULO 3.°

DERECHOS DE LOS HERMANOS.

§ 614. Carácter eventual y escaso valor práctico de estos derechos.—Así como los descendientes tienen, por su órden, un verdadero derecho legitimario, del que no puede privarles el testador sin un justo motivo de exclusion, no acontece lo mismo con respecto á los hermanos, los cuales por esta cualidad no gozan de derecho alguno de sucesion forzosa (4), y sólo pueden reclamarlo cuando el testa-

---

(1) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 1870.

(2) *Decision* 92, N.° 17.

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 4.°, Ns. 35 y 36.—Algunos modernos tratadistas de derecho romano, entre ellos Maynz (*Cours de droit romain*, Vol. 3, § 475) sostienen que habiendo perdido la *querela*, desde la publicacion de la Novela 115, el carácter injurioso que tenia la antigua, debe considerarse como una accion puramente patrimonial y prescribir por el plazo ordinario de 30 años.

(4) Traduciendo el espíritu de la legislacion romana en este punto, la Ley 12, Título 7.° de la Part. VI, formula el principio con estas terminantes palabras: *E decimos que el un hermano puede desheredar al otro con razon é sin razon.*

dor, haciéndoles injuria grave, antepone á ellos, sin razon especial y justa, una persona torpe (1).

Difícil es determinar en el estado social y político presente qué personas pueden merecer, dentro del derecho, semejante calificacion; pero aun supuesta la posibilidad legal de hacerla, está fuera de duda que han quedado virtualmente caducadas la mayor parte de las causas de *infamia y turpitudo*, señaladas por el derecho romano; y que en aquellas en que puede caber duda, dependerá en gran parte la calificacion del arbitrio del Juez, al cual la misma legislacion romana atribuyó en este punto, así como en la apreciacion de las justas causas de desheredacion, una latitud casi completa. Estas consideraciones demuestran por sí solas que actualmente los derechos sucesorios de que tratamos tienen en la práctica muy escaso valor.

§ 615. **¿Competen á todos los hermanos?** — Segun la Ley 27, Cod. *De inoff. test.*, III, 28, únicamente podian interponer la querella de inoficioso testamento los hermanos germanos y los consanguíneos, pero no los uterinos; y si bien muchos autores, fundándose en lo terminante de esta disposicion y en otras leyes restrictivas del mismo Código y del Digesto (2), sostienen que debe considerarse subsistente la exclusion de los hermanos uterinos, otros abrazan la opinion contraria, apoyándose en que la Novela 118, Cap. 3.° llamó en un mismo órden de sucesion intestada á todos los hermanos unilaterales, sin distinguir entre consanguíneos y uterinos. Esta última opinion que, aparte de este sólido fundamento legal, es la mas equitativa, se robustece hoy con una consideracion muy atendible basada en la Ley de Matrimonio civil, pues ésta en su Art. 77, al determinar las personas que vienen recíprocamente obligadas á prestarse alimentos, coloca á los hermanos uterinos ántes que los consanguíneos en el órden de preferencia que establece.

§ 616. **En qué consisten estos derechos. Modificaciones que ha sufrido la legislacion romana en este punto.** — Al tratar de la pretericion y de la desheredacion, se ha visto cuán profundas alteraciones ha sufrido el derecho romano en virtud de algunas disposiciones del peculiar de Cataluña, que conceden al testador ámplia latitud para dejar en cualquier forma la legítima á las personas que á ella tienen derecho. Por consecuencia de este principio han quedado

---

(1) ..... *si scripti heredes infamiæ vel turpitudinis, vel levis notæ macula adsperguntur.* Ley 27, Cod. *De inoff. test.*, III, 28.— La Ley de Partidas, antes citada, las llama personas de *mala vida ó enfamados.*

(2) Ley 21, Cod. *De inoff. test.* III, 28 — Ley 15, § 2.°, Cod. *De legit. hered.*, VI, 58 — Ley 1, Dig. *De inoff. test.*, V, 2.

tambien muy limitados los casos en que pueda interponerse querella de inoficiosidad, de tal suerte que si alguna vez podrá entablarla con éxito el descendiente, creemos fuera de toda duda, en vista de las terminantes palabras de la Constitucion 1.ª del Título 3.°, Libro VI, Volúmen 1.°, citada en el Capítulo anterior, que en ningun caso podrá intentarla el ascendiente, á quien ni áun la pretericion da derecho para atacar el testamento, debiendo limitarse á pedir la legítima que le corresponda.

La razon dicta que no pueden en este punto ser más favorecidos los hermanos que los ascendientes, y que en los casos en que puedan hacer valer sus derechos legitimarios por haber sido postergados sin justa causa á una persona torpe, deberán limitarse á pedir, ora la legítima si nada se les ha dejado, ora su suplemento si lo que el testador les señaló fuese insuficiente (1).

Respecto á la cuota de legítima que corresponda á los hermanos, recordaremos que, segun el derecho romano anterior á la época de Justiniano, la legítima consistia invariablemente en la cuarta parte de los bienes del difunto; y si bien dicho emperador la varió por la Novela 18, fijándola en la tercera parte ó en la mitad de los bienes de la herencia, segun el número de legitimarios, nada innovó respecto á la legítima de los hermanos, la cual continuó por consiguiente reducida á dicha cuarta parte. Por esta razon, y por ser esta cuota la que constituye la legítima de los descendientes y ascendientes en Cataluña (2), creemos fuera de toda duda que en este territorio la legítima de los hermanos, cuando proceda, consistirá en la cuarta parte de los bienes hereditarios (3).

CAPÍTULO 4.°

DE LA SUCESION DE LA VIUDA POBRE.

§ 617. Nocion de esta sucesion, y disposiciones que la regulan.—Esta sucesion es la que compete, por disposicion expresa

(1) En opinion de ilustrados tratadistas, la accion *expletoria* ó *suppletoria* ya la tenian los hermanos por derecho romano cuando el testador les habia dejado algo, reservándose la *querela* establecida *hoc colore quasi non sanæ mentis testator fuerit* para el caso en que hubiesen sido totalmente postergados á persona torpe, cuya *querela*, si resultaba fundada, llevaba consigo la invalidacion total del testamento.

(2) Esta misma razon de analogía adopta Escriche (*Diccion. razon. de Legisl. y Jurisprudencia*, palabra *Legítima*) para fijar la legítima de los hermanos, segun la legislacion de Castilla.

(3) Cancer, *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 3.°, N.° 17, donde este autor dice que en la línea transversal sólo los hermanos tienen derecho á la legítima cuando se instituye una persona torpe, y que esta legítima consistirá en la cuarta parte de los bienes.

de la Ley (1), á la viuda pobre, no separada por demanda de divorcio (2), en los bienes dejados por su marido, siendo éste rico ó acomodado.

Distínguese la sucesion de la viuda pobre de la ab-intestato regular del cónyuge sobreviviente: 1.° En que aquella compete exclusivamente á la mujer, al paso que esta es comun á ambos consortes. 2.° En que aquella sólo se concede á la viuda cuando es pobre, y esta se defiere sin consideracion al estado de fortuna. 3.° En que la primera tiene lugar en concurrencia con cualesquiera personas llamadas á la herencia del marido, inclusos los hijos, siendo así que la otra se defiere únicamente en defecto de las clases de sucesores ab-intestato que tienen derecho preferente en el órden de los llamamientos. Y 4.° En que la sucesion de que aquí tratamos se verifica tanto si el marido muere testado como intestado, al paso que la sucesion mútua del cónyuge sobreviviente es una mera sucesion ab-intestato.

Las disposiciones que la regulan son las del derecho romano, contenidas en las Novelas 53, Cap. 6, y 117, Cap. 5. La primera estableció esta sucesion con el carácter de recíproca ó mútua entre los cónyuges; pero esta reciprocidad desapareció en fuerza de la segunda Novela citada, la cual, manteniendo y ordenando mejor el derecho de la viuda pobre á la percepcion de la cuota que por este concepto le corresponde, declaró terminantemente que el marido no podia pedirla, cuya disposicion desvanece las dudas á que ha dado lugar la redaccion viciosa de la Auténtica *Præterea* (3) Cod. *Unde vir et uxor*, VI, 18, en que se fundaron y se fundan aun algunos pocos autores para sostener equivocadamente que este derecho es comun á ambos consortes (4).

§ 618. ¿Basta que la mujer sea indotada para gozar de esta sucesion?—Las Novelas ántes citadas llaman indistintamente á la mujer *indotata*, *inops*, *pauper;* y al establecer á su favor esta sucesion, tienen en cuenta la suma estrechez ó miseria *(novissima inopia)* á que de otra suerte se veria reducida. De aquí que no pueda decirse que basta que la mujer sea indotada para poder pedirla, si por otro concepto cuenta con recursos bastantes; así como tampoco deberá denegársele, aunque tenga alguna dote, siempre que esta sea insufi-

---

(1) Por lo mismo no puede el marido privar de ella á su mujer por disposicion testamentaria, y si lo hace podrá la mujer reclamar su derecho por medio de una *condictio ex lege* para conseguir la porcion debida, sin que por esto se invalide el testamento.

(2) O bien divorciada sin culpa suya.

(3) Sacada de las citadas Novelas.

(4) Los más ilustrados tratadistas modernos, entre ellos Maynz, Mackeldey, Warnkœnig y Arndts, convienen en que esta sucesion compete exclusivamente á la mujer, y en este único concepto la exponen en sus Tratados.

ciente para atender á sus necesidades (1). De esta misma opinion son Cancer (2) y Fontanella (3), cuyo último autor añade que en la Auténtica *Prœterea* se habla de la mujer *indotada* como por via de ejemplo, y porque frecuentemente acontece que al enviudar la mujer queda pobre si no aportó dote alguna. Tanto la dote de la mujer, en el caso de ser exígua, como el legado ó donacion que le hubiese hecho su marido, se imputarán en la cuota que por esta sucesion le corresponda (4).

§ 619. ¿Cuándo se entenderá que la viuda es pobre? — No suministra el derecho regla ni disposicion alguna al efecto de determinar cuándo se considerará pobre á la viuda para los efectos de esta sucesion, dependiendo por lo tanto dicha calificacion del prudente arbitrio de los Tribunales, atendidas las circunstancias del caso (5). Despréndese, no obstante, del espíritu de la ley, y es doctrina aceptada por la mayoría de los autores, que la mujer será reputada pobre siempre que no cuente con bienes propios que puedan proporcionarle los alimentos necesarios con arreglo al decoro de su clase y á su estado de viudez.

Fontanella dice (6) que al efecto de poder tener lugar esta sucesion, se considera pequeña ó exígua la dote aportada por la mujer cuando no le basta para sus alimentos, los cuales no deben regularse por el rango ó posicion social en que la habia colocado su marido, sino atendiendo á las necesidades de su nuevo estado, que es de suyo más modesto y ménos dispendioso. Añade que este derecho sucesivo no puede corresponder nunca á la congruamente dotada desde el principio, dando, entre otras razones, la de que esta sucesion es odiosa (7) en

---

(1) Con este mismo carácter viene formulada esta sucesion en la Ley 7, Tít. 13, Part. VI, como lo indican los siguientes fragmentos: *Paganse los omes á las vegadas de algunas mugeres, de manera que se casan con ellas sin dote, maguer sean pobres porende guisada cosa é derecha es, pues que las aman é las honran en su vida, que non finquen desamparadas á su muerte. E por esta razon tuvieron por bien los sabios antiguos, que si el marido non dexasse á tal muger, en que pudiese bien é honestamente bevir, nin ella lo oviese de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte..... Mas si tal muger como esta oviese de lo suyo con que pudiesse bevir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado, en razon desta quarta parte.'*

Con referencia á esta Ley, declaró el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de Octubre de 1860, que la cuarta parte que aquella señala á la viuda pobre es en concepto de alimentos que no tendria lugar si hubiese de lo suyo con qué vivir bien y honestamente; por lo que *se reputa como una deuda legal que debe satisfacerse con los bienes del marido.*

(2) *Var. resol.*, Part. 1.ª, Cap. 9, N.º 130.

(3) *De pact. nup.*, Claus. V, Glos. 8, Part. 9, Ns. 3 y 27.

(4) Fontanella. Claus. V, Glos 8, Part. 9, N.º 57 y Part. 12, Ns. 30 y sigs.

(5) Fontanella, *loc. cit.*, Ns. 6 y 7.

(6) *Loc. cit.*, Ns. 9 y sigs.

(7) Algunos autores la calificaron de *irracional*.

cuanto admite á la mujer á la participacion de la herencia del marido, áun existiendo hijos, y la de que así se evitará que las mujeres promuevan litigios y lleven la disension al seno de las familias. No podemos conformarnos con esta opinion, que consideramos poco conforme á la naturaleza y fin de esta sucesion, y aun contradictoria con la nocion que de la misma da el citado autor llamándola *honor et compensatio matrimonii bene et honeste transacti.*

No perderá la mujer la consideracion de pobre por la sóla circunstancia de poder pedir alimentos á sus padres ó hermanos ricos, pues este es un remedio extraordinario y subsidiario al que no debe recurrir la mujer cuando la herencia del marido, que en vida era el inmediatamente obligado á prestarle dichos alimentos, es lo suficientemente cuantiosa (y esto es lo que exige la Ley al hablar de marido *rico ó acomodado*) para poder continuar suministrándoselos en la forma que en esta sucesion se determina. No obstante, creemos que perjudicará á la mujer el no haber reclamado á su tiempo de sus padres la dote á que tenia derecho, cuando esta fuese suficientemente importante.

Tampoco podrán oponerse los herederos del marido á la sucesion de que tratamos, alegando que la mujer puede ganar su subsistencia por medio del trabajo, especialmente cuando por la posicion social de la mujer le sirviera aquel de alguna mengua ó desdoro (1).

§ 620. Cuota que corresponde á la viuda pobre.— Consiste en la cuarta parte de los bienes dejados por el marido (2) cuando los herederos (3) de éste son tres ó ménos, y una parte viril cuando son más, sin que en ningun caso pueda exceder de la suma de cien libras de oro (4). Si los herederos son los hijos, la viuda sólo tendrá el usufruto de la porcion de bienes que perciba, debiendo reservar la propiedad á favor de aquellos; en otro caso adquirirá dicha porcion en pleno dominio.

Para fijar el número de herederos del marido, y en consecuencia la cuota correspondiente á la viuda, se atiende, en cuanto á los que suceden por estirpes, nó al número de concurrentes sino al de troncos de quienes descienden, segun las reglas de la sucesion intestada.

Convienen los autores en que estando limitada la cuota de la viuda

---

(1) Gregorio Lopez, en sus Comentarios á la citada Ley 7, Tít. 13, Part. VI.

(2) De ahí el nombre de *cuarta marital* con que generalmente se la designa.

(3) Ilustrados autores sostienen que á pesar de que la Ley sólo menciona á los hijos, debe entenderse que habla tambien de los demás herederos, y que siempre la cuota se regulará segun el número de éstos; opinion, no obstante, que no ha sido confirmada por la jurisprudencia.

(4) La dificultad de hallar la equivalencia de esta cantidad en los sistemas monetarios modernos, y la variedad en las opiniones de los autores que hán tratado de fijarla, exigen que en este punto se deje mucha latitud al arbitrio de los Tribunales.

á una porcion fija y determinada, no goza en ningun caso del derecho de acrecer (1).

Acerca de la inteligencia de las dos Novelas de Justiniano citadas al principio como reguladoras de esta sucesion, conviene tener presente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de Enero de 1879, recaida en un pleito procedente de la Audiencia de este territorio. El recurrente citó como infringidas, «la Novela de Justiniano 117, Cap. 5.° y la 53, Cap. 6.°, en cuanto no hubiese sido derogada por aquella, diciendo que la primera, modificando las anteriores, dispone que la mujer indotada tiene la cuarta parte de los bienes de su marido, aun cuando no sea pobre por tener bienes propios suyos, despues de la muerte de aquel, y aun cuando dicha cuarta parte exceda de cien libras de oro, siempre que el motivo ó causa del matrimonio haya sido debido únicamente al efecto nupcial, pues la Sala sentenciadora, desconociendo estas modificaciones introducidas en la Novela 53 por la 117, incurria en un error al fundar su fallo en la creencia de que no basta para tener derecho á la cuarta marital que la viuda carezca de dote y esponsalicio, sino que además es necesario que no tenga otros bienes la recurrente, por cuanto podia vivir con los legados de cantidad, de pension alimenticia y de habitacion que la hizo su marido, error manifiesto puesto que siendo la base de la cuarta marital» segun la Novela 117, la sucesion legal, sabido es que en las sucesiones legales no se atiende al mayor ó menor grado de riqueza de los sucesores; infringiéndose además la Novela 53 que, previendo el caso de autos, ordenó, sin que haya sido modificada en este punto, que si el marido legase algo á la mujer, lo que esta percibiera en tal concepto, lo llevaria á colacion al percibir la cuarta parte de los bienes que la misma Ley le concede.» — El Tribunal Supremo, desestimando el recurso, consignó acerca del transcrito motivo el siguiente fundamento: « Considerando que es infundado el primer motivo del recurso, porque » la Novela 53 se refiere á la computacion de un legado insuficiente » para vivir ó que no excluya la pobreza de la mujer, segun lo demues» tra claramente su contexto, y porque la 117 no tuvo más objeto que » sustituir á la porcion siempre igual de la cuarta parte la proporcional » variable en razon del número de hijos, sin alterar las demás condi» ciones ántes establecidas, como lo comprueban su propio epígrafe, el » recuerdo que hace de leyes preexistentes y la Auténtica *Prœterea* » puesta á continuacion de la ley única contenida en el título *Unde vir* » *et uxor* del Código de Justiniano.»

§ 621. Casos en que la mujer pierde este derecho.—Ade-

---

(1) Warnkœnig, *Inst. juris rom. priv.*, § 662. — Maynz, *Cours de droit romain*, Vol. 3.°, § 483.

más de los que se desprenden de lo que llevamos dicho, cesa este derecho de la viuda pobre en los casos siguientes:

1.° Cuando contrae segundo matrimonio sin haber hecho reclamacion alguna.

2.° Cuando ha sustraido alguna cosa de la herencia del marido.

3.° Cuando lleva vida deshonesta.

Y 4.° Cuando ha injuriado gravemente al marido, ó no le ha tratado con el debido afecto conyugal.

No pierde este derecho la viuda por casarse dentro del año de luto, pues las penas que á semejante violacion impuso el derecho civil, en cuanto no estén introducidas en favor de los hijos, fueron abolidas por una notable disposicion del derecho canónico (1).

---

(1) Cap. 4, Decretales, *De secundis nuptiis*, IV, 21: *Super illa quæstione qua quæsitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra tempus luctus secundum leges definitum; respondemus quod cum Apostolus dicat mulier viro suo mortuo, soluta est a lege viri sui: in Domino nubat cui voluerit, per licentiam et autoritatem Apostoli ejus infamia aboletur.* — Fontanella, *De pactis nupt.*, Claus. IV, Glos, 8, Part. 11, N.° 7.—Engel, *Colleg. univer. jur. can.* Lib. IV, Tit. 21.

ADICIONES.

PARAFERNALES.

En el § 176 (pág. 148) dimos cuenta de la resolucion de la Direccion general de los Registros de la Propiedad y del Notariado, dada en 4 de Junio de 1879, declarando que no podia inscribirse la venta de una finca parafernal otorgada por una mujer sin la intervencion de su esposo. Sus fundamentos y su parte dispositiva fueron reproducidos en la de 13 de Junio del mismo año, inserta en la *Gaceta* del 30 de Octubre.

PRESCRIPCION.

Este punto importantísimo del derecho catalan ha sido examinado en distintos lugares de las *Instituciones*. Para mayor claridad resumiremos lo dicho, y daremos cuenta de las sentencias del Tribunal Supremo proferidas en méritos de recursos interpuestos contra fallos de la Audiencia de Barcelona.

Es ley fundamental el Usatge *Omnes causæ*, que traducido dice: *Todas las causas, sean buenas ó malas, ó acciones civiles ó criminales, si dentro de treinta años no serán terminadas, ó cautivos sobre los que se moviere pleito, pero que no son poseidos por otros, si definidos ó vendidos no serán, en manera alguna sean pedidos otra vez. Pero si alguien despues de dicho trascurso de treinta años intentare mover pleito, le obste este número de años y deba pagar una libra de oro al que el Rey dispondrá.*

Tanto por el simple contexto del Usatge, como por ser copia de la Ley 3.ª, Tit. 2.º, Lib. X del Fuero Juzgo, se adquiere el convencimiento de que sólo se referia á las acciones de cualquiera clase, deducidas ya en juicio. Pero cuando en virtud de la inobservancia del Código godo

debieron llenarse los grandes vacíos de la legislacion catalana, los jurisconsultos que desde mediados del siglo XIII todo lo referian á la romana, interpretaron el Usatge *Omnes causæ* como sustitucion de las disposiciones de Justiniano sobre la prescripcion ordinaria, que exige el plazo de diez ó veinte años. Revela esta interpretacion el Cap. 44 del *Recognoverunt proceres,* que consigna como costumbre de Barcelona el que « *toda accion personal que segun derecho comun prescribia » á los diez ó veinte años se extienda hasta los treinta* , excepto la hipoteca- »ria, que se extiende hasta cuarenta contra el deudor que posee la »cosa obligada y contra sus herederos.» En términos análogos está redactado uno de los capítulos de las Costumbres escritas de la diócesis de Gerona.

Esta interpretacion se observó como costumbre no escrita en el resto de Cataluña. En su virtud prescriben á los treinta años todas las acciones que, ya por las disposiciones de la legislacion particular de Cataluña, ya de la supletoria romana, no prescriben ántes de dicho término ó lo requieren más dilatado.

Las palabras del Usatge *causas buenas ó malas*, se interpretan prácticamente en el sentido de no ser necesaria la buena fé en la persona favorecida por la prescripcion para destruir la accion que contra él compete. La afirman todos los tratadistas catalanes, y el Tribunal Supremo lo ha sancionado dándole una extension desconocida anteriormente, como dijimos al tratar del derecho de redimir en la *carta de gracia*, de la enfitéusis y de los censos y censales.

En consecuencia, la accion reivindicativa y las demás reales prescriben á los treinta años, tanto si el poseedor tiene y tuvo buena como mala fé.

En el § 335 demostramos que, segun las disposiciones vigentes en Cataluña y la jurisprudencia de la antigua Audiencia, no prescribe el dominio de la finca enfitéutica por la simple falta de pago de las pensiones durante cualquier plazo; pero dimos cuenta del importantísimo fallo del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1877 declarando prescrita la accion por el hecho de la no reclamacion de las pensiones durante treinta años.

Tambien las personales prescriben por su no ejercicio durante treinta años, á contar del dia en que nació.

Hoy existe una excepcion respecto á la hipotecaria que, como dijimos, segun el Art. 134 de la Ley Hipotecaria prescribe á los 20 años, *contados* desde que pueda ejercitarse con arreglo *al título inscrito.*

En el § 416 demostramos que, segun la jurisprudencia catalana, era imprescriptible el derecho de redimir ó retraer la finca vendida á carta de gracia, alegando los jurisconsultos razones de gran peso, á más de la de ser un derecho de mera facultad, pues se consideraban imprescriptibles todos los de esta naturaleza (Fontanella, *De pactis nuptia-*

libus, Claus. IV, Glos. 16, Ns. 9 á 20). En el párrafo siguiente dimos cuenta de las sentencias del Tribunal Supremo, que lo ha considerado prescrito á los treinta años.

En el § 435 manifestamos que, excepto en la diócesis de Gerona, no prescribian los censales; pero que el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Febrero de 1875, los declaró prescritos á los treinta años de no haberse exigido las pensiones. Esta sentencia tiene importancia por estar de acuerdo con el espíritu del Supremo Tribunal revelado en los fallos referentes á los censos y carta de gracia.

En cuanto á las prescripciones de acciones personales que, segun la legislacion particular de Cataluña, tienen lugar por un plazo menor de treinta años, en el § 449 dijimos que los salarios de los criados prescriben al año de hallarse éstos fuera del servicio, excepto en el caso que se indica; y que los créditos de los artesanos y menestrales prescriben á los tres años, expresando las restricciones señaladas en las Constituciones que lo establecen y las introducidas por la jurisprudencia. En los §§ 466 y 467 se dijo tambien que los honorarios de los abogados y derechos de los procuradores y notarios prescriben á los tres años. Segun la Constitucion 7.ª del Tít. 2.º (*De prescriptions*), Lib. VII, Vol. 2.º, los créditos de los boticarios por las medicinas vendidas prescriben á los dos años.

El Tribunal Supremo ha reconocido el carácter de prescripcion extintiva que tiene la derivada del Usatge *Omnes causæ* en las sentencias referidas en la pág. 176, y en la de 13 de Noviembre de 1863.

La dificultad existe respecto á la adquisitiva del dominio.

En el § 208 dijimos que en el cuerpo del derecho civil catalan no existe disposicion alguna que se refiera á esta prescripcion. En su defecto es preciso recurrir en primer término, á la legislacion canónica y en segundo á la romana, cuyos preceptos están modificados por la interpretacion práctica del Usatge *Omnes causæ*, en cuya virtud por el trascurso de treinta años aunque el poseedor (ya que tratamos de dominio) tenga mala fé, se extingue la accion del dueño. Consecuencia de este principio es que á los treinta años de posesion se tendrá la seguridad de que nadie puede recuperar la cosa, y por consiguiente se hallará constituido en la situacion de dueño, siendo válidos todos los contratos de enagenacion ó de imposicion de gravámenes, siempre que se haya inscrito la posesion en el Registro de la Propiedad, á tenor de lo que disponen los Arts. 35 (apartados 1.º y 3.º), 397, 398, 399 y especialmente el 403 de la Ley Hipotecaria, y los correspondientes del Reglamento general dictado para su ejecucion. Cuando á más del trascurso de treinta años concurra la circunstancia de buena fé continuada que exigen los cánones, habrá verdadera prescripcion adquisitiva, es decir, verdadero título de dominio, que consistirá en la prescripcion. No será necesario el justo título, pues la legislacion romana, que consigna

la necesidad de esta circunstancia para la prescripcion ordinaria ó sea la de diez ó viente años establecida respeto á los inmuebles, sanciona la prescripcion sin título por el trascurso de treinta años, que es el comun en Cataluña.

Sin duda teniendo en consideracion estos principios, el Tribunal Supremo en algunas sentencias ha dado lugar á la excepcion de prescripcion, consignando que por no haberse tratado directamente la cuestion de propiedad no resolvia sobre su adquisicion por el trascurso de treinta años. Sirva de ejemplo la mencionada de 20 de Febrero de 1877 sobre la enfitéusis, y especialmente el primer Considerando que dice: « Considerando que los cuatro primeros fundamentos alegados se refie- » ren á la excepcion de prescripcion del dominio que no se ha alegado » ni sido objeto del pleito, en el cual sólo se pidió y se ha fallado sobre » la prescripcion de la accion para pedir, por lo cual ninguna de las » leyes ni doctrinas citadas en ellos ha podido ser infringida. »

Pero el Tribunal Supremo en otras sentencias ha dado gran extension al Usatge *Omnes causæ*, considerándolo verdadera fuente de prescripcion adquisitiva del dominio. Es verdad que las de 29 de Abril de 1864, 9 de Mayo de 1865, 10 de Julio de 1875 y 26 de Febrero de 1876 recayeron en juicios en los cuales la prescripcion se habia utilizado como excepcion, pero no se limitan á declarar extinguidas las acciones atendiendo al Usatge, sino que en su virtud suponen adquirido el dominio por la posesion de treinta años, haya buena ó mala fé.

En la de 9 de Mayo de 1865, citada en los §§ 208 y 342, declaró que el heredero del cultivador de una tierra á *rabassa morta* adquirió su dominio por haberla poseido como libre por el tiempo no interrumpido de más de treinta años, contados desde la espiracion de los cincuenta años, término del establecimiento á *rabassa morta*. En la de 23 de Setiembre de 1863 declaró regulada la prescripcion adquisitiva del dominio por el Usatge *Omnes causæ*, *segun el cual prescriben por treinta años todas las causas y acciones.*

Esta y otras sentencias demuestran que se prescinde del contexto del Usatge, y que se le da una aplicacion sumamente lata, no limitada por el *derecho comun*, segun las sentencias de 10 de Julio de 1875 y 26 de Enero de 1876.

De la prescripcion de las servidumbres, dijimos lo suficiente en el § 237.

El Tribunal Supremo ha considerado que las leyes sobre prescripcion son de derecho público (por ejemplo en la sentencia de 30 de Diciembre de 1867) y por consiguiente irrenunciables, como ha declarado respecto á Castilla.

En cuanto al tiempo desde el cual deben contarse los treinta años, es importante la sentencia de 14 de Febrero de 1874. En ella el Tribunal Supremo, en una cuestion sobre propiedad de terrenos, declaró que

no era posible legalmente contar el término de treinta años sino desde la demolicion de las murallas de Barcelona en 1854, porque cesó el obstáculo material é insuperable que impedia absolutamente á N. la reclamacion de un terreno, segun el principio legal de que la prescripcion no corre contra el impedido; que la prescripcion referida y la de las sentencias mencionadas en el recurso (1) es ineficaz, é inaplicable relativamente á los bienes que fueron vinculados mientras conservan éste carácter.

Importantes son las varias sentencias del mismo Tribunal que se refieren á la prescripcion contra los menores.

En 1864 se pidió la nulidad de una venta hecha en 1822 por no haberse realizado con las solemnidades que exigen las leyes para las de los bienes de menores, y en que no se podia alegar prescripcion, pues contra estos no corre el tiempo, y desde su mayor edad sólo habian trascurrido veinte y ocho, faltando dos para los treinta que fija la ley. El fallo de la Audiencia fué contrario á la demanda, y el Tribunal Supremo al declarar en 13 de Febrero de 1867 que no habia lugar á la casacion, sentó los considerandos siguientes: «Considerando que la »Ley 1.ª, § 2.º, Cod. *De annal. excep.* no es aplicable al caso, porque »trata sólo de los hijos de familia, cuya circunstancia no concurre en »las hermanas N.» — «Y considerando que no se ha infringido la »Ley 3.ª, Cod. *De præscrip. trig. vel quadragin. annor.*, ni la 8.ª, Tit. 29, »de la Partida 3.ª, porque ambas se ocupan de los impúberes ó meno»res de catorce años, y los recurrentes los habian ya cumplido con »mucho exceso cuando comenzó la prescripcion de los treinta años, »estimada por la Sala sentenciadora á favor de M.»

En sentencia de 27 de Abril de 1877 declaró que habiendo comprado los demandados las fincas de buena fé y teniendo justo título, adquirieron los compradores el dominio por prescripcion, debiendo para este objeto contarse el tiempo desde la enagenacion de las expresadas fincas; y que, por tanto, al absolverles de la demanda en que se les reclamaran las fincas prescritas, no se infringen las Leyes 1.ª, § 1.º, Cod. *De annal. excep.* ni la 3.ª tambien del Cod. *De præscrip. trigin. vel quadragin. annor.*

Estos fallos, contrarios al derecho de los menores, no están en oposicion con los dos que les respetan el beneficio de la restitucion por entero.

El de 1.º de Octubre de 1872 declaró que si bien por el Usatge *Omnes*

---

(1) De 6 de Setiembre de 1854 [Que en Cataluña se prescriben por treinta años las causas buenas ó malas], de 6 de Octubre de 1862 y de 28 de Setiembre de 1864 [Que se gana el dominio por la prescripcion, de lo que se deduce que el que la adquirió podia reivindicarla].— El Ministerio Fiscal habia ejercitado la accion reivindicativa, nacida del dominio habido por prescripcion.

causæ se exige el trascurso de treinta años para la prescripcion ordinaria de las acciones, y en el mismo título se establece un período mayor ó menor para la de algunas que se indican, entre las cuales no está comprendida la que se concede á los menores de edad para pedir la nulidad de los actos que les perjudican, como que en defecto de derecho foral y canónico debe regir el romano en Cataluña, con arreglo á lo dispuesto en la mencionada ley en las enagenaciones de bienes inmuebles hechas por los menores de edad á título oneroso, hay que estar en cuanto á la prescripcion de las acciones á lo dispuesto en la Ley 3.ª del Tit. 74, Lib. V, del Código de Justiniano, segun la que dichas enagenaciones adquieren validez si el vendedor deja pasar sin reclamar los cinco primeros años de la mayor edad.

El de 3 de Marzo de 1875 declaró que, si bien con arreglo al Usatge *Omnes causæ*, á las Leyes 1.ª y 44, Tit. 4.°, Lib. IV del Digesto; 4.ª § 1.°, y 45 del Tit. 4.°, Lib. IV del Digesto, y 13 del Tit. *De judiciis* del Código, las prescripciones de largo tiempo corren contra los mayores de catorce años y menores de veinte y cinco, habiendo comenzado contra sus causantes, les compete la restitucion en cuanto al tiempo trascurrido durante su menor edad, lo mismo para los efectos judiciales que para los extrajudiciales que hayan sido realizados por sí propios, ya por medio de sus guardadores, y con entera independencia de la accion de responsabilidad que contra estos últimos puedan ejercitar, sobre lo cual no permiten duda alguna las leyes romanas, y señaladamente la 3.ª, Tit. 25 Lib. II del Código.

En cuanto al efecto del trascurso del tiempo durante la impubertad, la mencionada sentencia de 13 de Febrero de 1867 parece serles beneficiosa. La de 6 de Marzo de 1876 es radical en contra de ellos pues declara que si el demandado ó sus causa-habientes cuando fueren interrumpidos en la pacífica posesion de unas fincas las habian ya prescrito porque habia trascurrido el plazo de treinta años, excepcionando la prescripcion, al absolverlos la sentencia de la demanda reconociendo la fuerza y eficacia á esta legal excepcion, no infringe el Usatge *Omnes causæ*, segun el que todas las acciones, buenas ó malas, se prescriben por el trascurso de treinta años, modificando así las leyes del Digesto y del Código en la excepcion respecto de los impúberes.

En cuanto á la interrupcion del tiempo, la sentencia de 20 de Abril de 1874 declaró que con la demanda propuesta en 17 de Diciembre de 1854 quedó interrumpida la prescripcion que alegaron los recurrentes respecto á los bienes por ellos poseidos, por lo cual no se infringieron las leyes del Digesto y de Partida y el Usatge *Omnes causæ;* y que *no obsta que no se haya ejecutado la ejecutoria* dada en virtud de aquella demanda.—En la anterior de 14 de Enero de 1871 se lee lo siguiente: «Considerando que, segun el Usatge *Omnes causæ*, todas las acciones de »cualquiera clase que sean prescriben á los treinta años.» «Conside-

»rando que el demandado ha ejercitado en este pleito la accion de »nulidad contra la venta de bienes de que se trata, verificándolo des»pues de trascurridos más de treinta años desde 1.° de Agosto de 1833, »fecha de las escrituras en que aquellas se consignaron, hasta la inter»posicion de la actual demanda; y como este tiempo no se ha inter»rumpido con motivo del litigio que ántes se habia seguido entre los »mismos interesados, ya porque en dicho litigio se hizo uso de una »accion distinta, cual es la rescisoria, ya porque en él fueron absueltos »los demandados, en cuyo caso no se reputa interrumpida la prescripcion como lo tiene declarado este Tribunal Supremo.»

Aunque no recaida en caso de Cataluña, puede verse la de **12** de Febrero de **1875** que consideró interrumpida la prescripcion por la celebracion del acto de conciliacion.

Más pudiéramos decir sobre prescripcion; pero excederia de los límites de la presente obra y del objeto de esta adicion.

ÍNDICE.

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS COSAS EN GENERAL, Y DE LOS DERECHOS REALES.

TITULO I.

De las cosas en general.

TITULO II.

De los derechos reales.

LIBRO TERCERO.

DE LAS OBLIGACIONES.

TITULO I.

De las obligaciones en general.

TITULO II.

De las obligaciones convencionales.

TITULO III.

De las obligaciones no convencionales.

TITULO IV.

De la cesion y extincion de las obligaciones.

LIBRO CUARTO.

DE LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE.

TITULO I.

Nociones preliminares.

TITULO II.

De la sucesion ab-intestato.

TITULO III.

De la sucesion testamentaria.

TITULO IV.

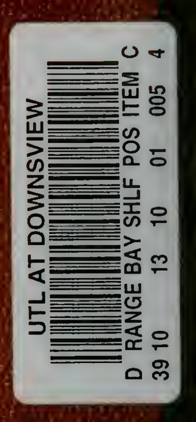
De la adquisicion de la herencia, y del cumplimiento de las últimas voluntades.

TITULO V.

De la sucesion forzosa.

ADICIONES.


= Libros Antiguos =
F. Puvill


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 13 10 01 005 4